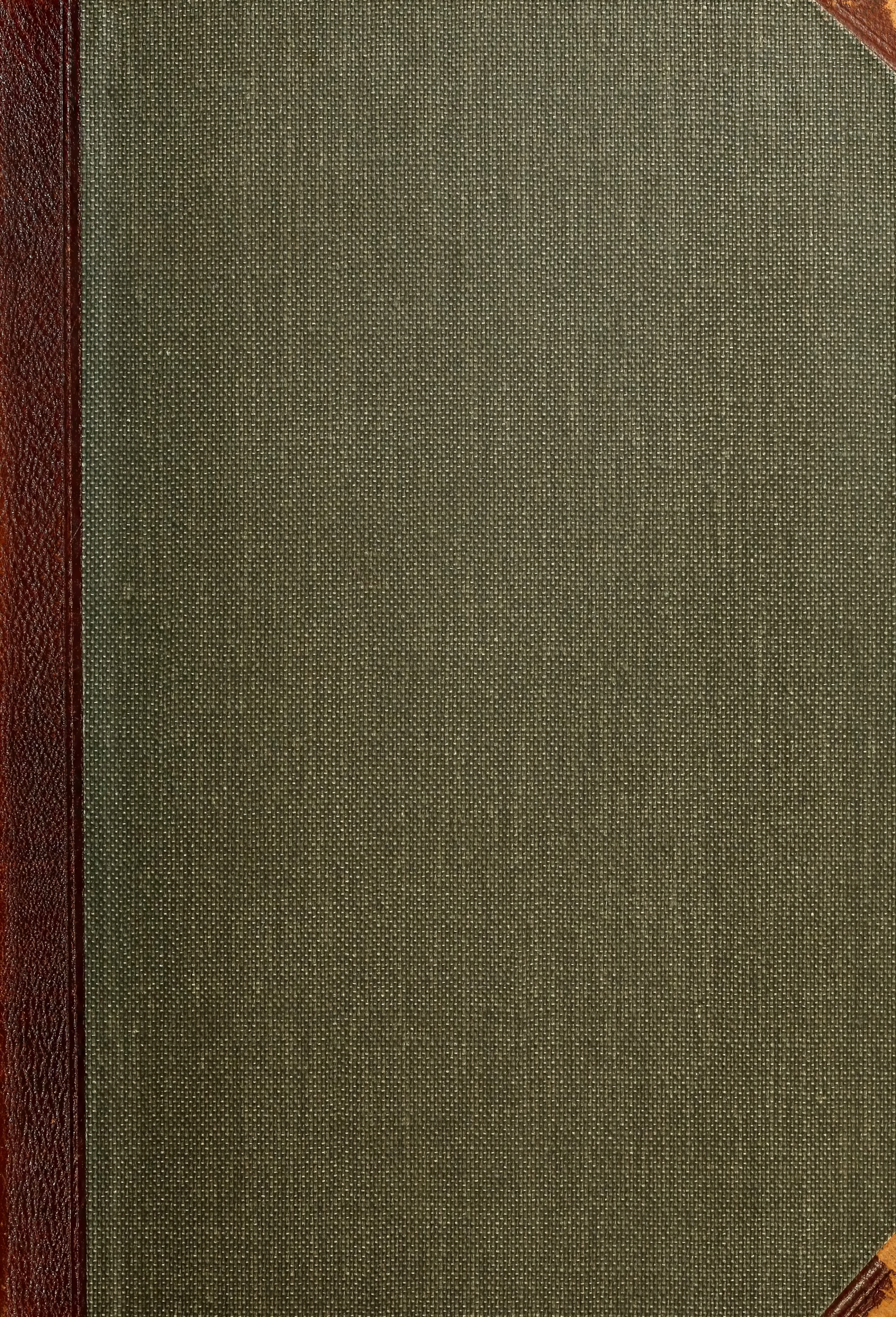
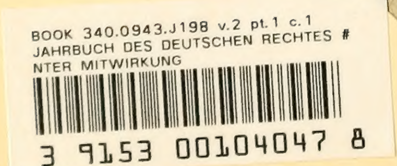
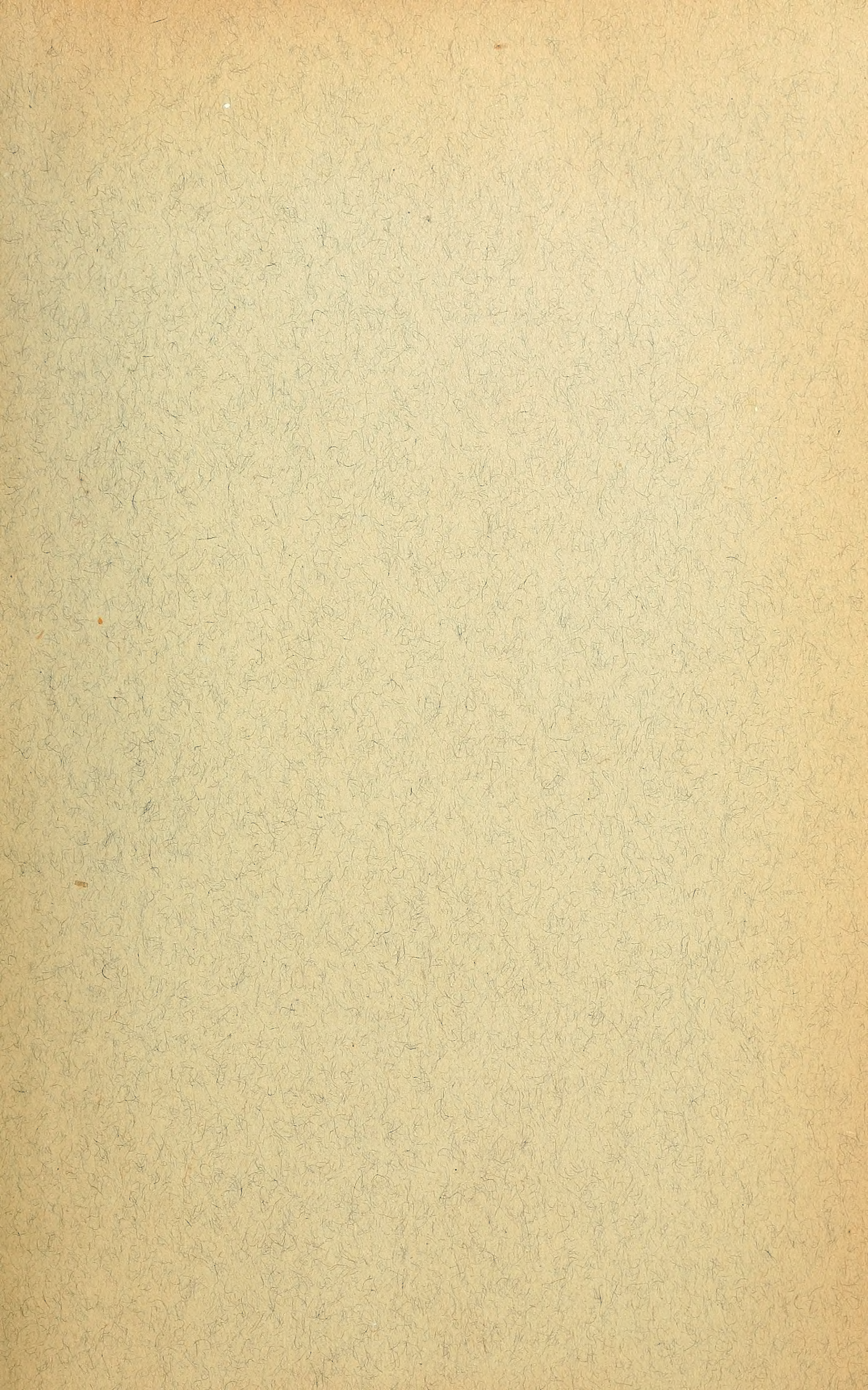


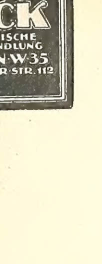


0.0943
98

2,pt.1







Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

---

2. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1904 umfassend).

Erster Band.



Berlin, 1905.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8., Mohrenstraße 13/14.

340.0943
J198

v. 2, pt. 1

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

8/12/67

Vorwort.

Der zweite Jahrgang des Jahrbuchs ist im allgemeinen in derselben Weise bearbeitet worden wie der erste. Hinzugetreten sind an geeigneten Stellen kurze **Vorbemerkungen**, die in zusammengedrängter Kürze auf die wesentlichsten im Berichtsjahre zur Erörterung gelangten Gesichtspunkte hinweisen und einen zusammenfassenden Überblick über die Rechtsentwickelung der einzelnen Teile gewähren. Sie werden das Ganze beleben und das Interesse an der Lektüre auch da, wo sie nicht nur zu Nachschlagezwecken betrieben wird, erwecken oder erhöhen.

Unter dem Stichwort **Literatur** sind an die Spitze einzelner Abschnitte die in ihnen häufiger herangezogenen Schriften und Abhandlungen zusammengestellt. Diese Zusammenstellungen dienen nur der leichteren Auffindung der Titel, sind aber keineswegs als erschöpfende Aufzählungen der im Jahrbuchberichte berücksichtigten Erscheinungen anzusehen. Hinweise auf den ersten Jahrgang stellen den Zusammenhang mit diesem her. Vielfach sind wichtige Arbeiten, die in dem ersten Jahrgange nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt sind, nachgetragen worden.

Die fortgesetzt steigende Erweiterung des Leserkreises, sowie vor allem auch das andauernd zunehmende Interesse der Autoren, welches sich in der Einsendung von Selbstberichten, kurzen Erwiderungen und Ergänzungen betätigt, beweisen, daß das Unternehmen einem in den Kreisen der deutschen Juristen vorhandenen starken Bedürfnis entspricht und auf dem richtigen Wege ist, es zu befriedigen.

Solche Äußerungen der Autoren, sowie die kritischen oder sonstigen Zusätze der Redaktoren, kurz, alle im Jahrbuche zum erstenmal in den Druck gelangenden Meinungsäußerungen sind durch →→ ←← kenntlich gemacht.

Wie früher haben mich auch in diesem Jahre die Herren Dr. A. Brückmann und Dr. Th. Olshausen in den Redaktionsgeschäften ständig und erfolgreich unterstützt. Dieser Mitwirkung entsprechend werden sie vom nächsten Jahrgang ab auch auf dem Titelblatte benannt werden.

Neumann.

Inhaltsverzeichnis.

1. Band.

2. Band.

Mitarbeiter des zweiten Jahrganges.

Dr. Ballhorn, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: Gesellschaft m. b. H., Genossenschaftsgesetz;

Boschan, Amtsrichter in Berlin: Grundbuchordnung;

Dr. A. Brückmann in Berlin: BGB. §§ 241—304, 398—432, 598—704, 759—763, 765 bis 782 und Fundrecht;

Dr. Gottschalk in Berlin: BGB. §§ 362—397, 783—853 und Unlauterer Wettbewerb;

Dr. Graßhoff, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. §§ 1922—2063;

Dr. Heinrici, Gerichtsassessor in Berlin: BGB. §§ 705—758 und HGB. II. Buch;

Liebenow, Gerichtsassessor in Berlin: HGB. III. Buch bis § 406;

Lilienthal, Justizrat und Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: BGB. Vereinsrecht;

Dr. Mode, Gerichtsassessor in Potsdam: BGB. §§ 305—361;

Dr. Mothes, Rechtsanwalt in Leipzig: Konkursordnung, Anfechtungsgesetz;

Dr. Niemeyer, ordentl. Professor der Rechte an der Universität zu Kiel: (EGBGB. Internationales Privatrecht;

Dr. Th. Olshausen, Gerichtsassessor in Berlin: BGB. Allgemeiner Teil — mit Ausnahme des Vereinsrechts — und §§ 433—597;

Dr. Max Reindl, Direktionsrat im Verkehrsministerium in München: HGB. §§ 407 bis 473, Eisenbahnverkehrsordnung und Haftpflichtgesetz;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. Schultheis, Amtsrichter in Amöneburg: BGB. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht;

Dr. Sievers, Reichsgerichtsrat in Leipzig: HGB. IV. Buch, Strandungsordnung, Seemannsordnung, Binnenschiffahrtsgesetz;

Dr. Sontag, Gerichtsassessor in Berlin: HGB. I. Buch;

Dr. Suppes, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht Dresden: BGB. Besitz- und Mobiliarsachenrecht mit Ausnahme des Fundrechts;

Dr. Trumpler, Handelskammer-Syndikus in Frankfurt a. M.: BGB. § 764;

Vormbaum, Gerichtsassessor in Berlin: EGBGB. mit Ausnahme des Internationalen Privatrechts und EGHGB.;

Dr. Weiß, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Breslau: BGB. §§ 2064—2385;

Dr. Winter, Landrichter in Meseritz: BGB. Immobiliarsachenrecht, Familienrecht — mit Ausnahme des ehelichen Güterrechts, der rechtlichen Stellung der ehelichen Kinder und des Vormundschaftsrechts — und Personenstandsgesetz;

Zelter, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Eheliches Güterrecht.

Abkürzungen.

A.bürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
A.zivPr. = Archiv für die zivilistische Praxis.
A.öffR. = Archiv für öffentliches Recht.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BayrNotZtg. = Zeitschrift f. d. Notariat und f. d. freiw. Rechtspflege d. Gerichte in Bayern.
BayrObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts.
BöhmsZ. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslAK. = Zeitschrift der Breslauer Anwaltskammer.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß ... Begründet von Busch.
CBlFrG. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
CBlRw. = Centralblatt für Rechtswissenschaft.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotVZ. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Egers eisenb. E.u.A. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
ElsLothrJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Fischers Z. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau (für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.).
GewA. = Gewerbearchiv.
GewGer. = Das Gewerbegericht.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
GS. = Gerichtssaal.
HansGerZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KrVSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumbAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
ÖstAGZ. = Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung.
ÖstCBl. = Österreichisches Centralblatt für die juristische Praxis.
PosMschr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PreußVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Puchelts Z. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv.
RheinAV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SeuffA. = Seufferts Archiv.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb.
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttJ. = Jahrbücher für Württembergische Rechtspflege.
WürttZFrG. = Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.

Berichtigungen.

Erster Jahrgang.

Bei § 37 Ziff. 1 statt Th. Cohn „Handels- und Genossenschaftsrecht" — Das Handels- und Genossenschaftsregister.
" § 138 Ziff. 1 statt „Eccius Gruchots Beitr. **97**" — **47**.
" § 198 Ziff. 3 Zeile 2 statt „§ 164" — § 1620.
" § 233 Zeile 4 hinter „gewiß" — nicht.
" § 281 Ziff. 2 Zeile 5 v. u. statt „§ 287" — § 281.
" § 295 a. E. fehlt — Rosenberg.
" § 335 Ziff. 3 Zeile 6 statt „von dem" — an den.
" § 357 Abs. 2 letzte Zeile statt „Vertrag" — Vortrag.
" § 415 Ziff. 2c Zeile 1 statt „Ihringers" — Iherings.
" § 417 Ziff. 2a Abs. 2 statt „§ 367" — § 387.
" § 422 Ziff. 3 Abs. 1 statt „Mitbürgerverbindlichkeiten" — Mitbürgenverbindlichkeiten.
" § 571 Ziff. 1 Zeile 6 statt „Vermieter" — Mieter.
" § 715 Zeile 2 statt „Schollmayer" — Schollmeyer.
Zeile 5 statt „Vertragsmacht" — Vertretungsmacht.
" § 760 Abs. 3 Zeile 4 statt „§ 3361" — § 1361.

Zweiter Jahrgang.

Bei § 62 Ziff. 2 a. E. statt „6a" — 7a.
" § 97 Ziff. I 1d Abs. 2 Zeile 2 statt „**42**" — **39**.
Ziff. IIIb statt „**42**" — **39**.
" § 104 Ziff. 3 Zeile 6 v. u. statt „inopportuna" — inopportuno.
" § 179 Ziff. 1 Abs. 2 Zeile 6 statt „abzugeben" — abgegeben.
Ziff. 2 Zeile 4 statt „vertretenen" — vertretenden.
" § 242 Ziff. 2a Zeile 8 statt „Rechtshinderung" — Rechtsfindung.
" § 256 Ziff. 3 Zeile 4 statt „Präzipualbeträge" — Präzipualbeiträge.
" § 262 Ziff. IV b Zeile 3 statt „der" sekundäre — „die" sekundäre.
" § 276 Ziff. 6bβ Zeile 3 statt „Inhalt des Rechtssatzes" — Rechtssatz des Inhalts.
" § 284 Ziff. 6g Zeile 5 statt „geräte" — geriete.
" § 286 Ziff. 5 statt „7c" — 8c.
" § 396 Zeile 6 statt „im verzüglichen Widerspruche" — unverzüglichen Widerspruch.
" § 556 Ziff. 3 statt „Mot. II 297, 298" — 397, 398.
" § 581 Ziff. 1 a. E. fehlt — **RG. 56** 83.
" § 610 Ziff. 4 statt „**RG. 33**" — **RG.** 38.
" § 615 Ziff. 4 lies in der Überschrift: „Muß der zu Unrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassene Dienstverpflichtete" usw.
" § 631 Ziff. 5e lies in der Überschrift: „Vertragsbeziehungen".
" § 703 Ziff. 1 Zeile 1 statt „Note 6b" — Note 6bβ.
" § 774 Seite 459 Zeile 13 v. o. statt „§ 126 Abs. 2" — § 1256 Abs. 2.
" § 794 Ziff. 1 Zeile 1 statt „377" — 337.
" § 826 Zeile 4 v. u. statt „Annahmen" — Annahme.
" § 2002 statt „Eltzbacher" — Carlebach.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt.

Personen.

Erster Titel.

Natürliche Personen.

Vorbemerkung: Aus dem ersten Titel ist hervorzuheben, daß sich das literarische Interesse am Namenrecht nach der Hochflut von theoretischen Erscheinungen in den Vorjahren diesem Thema in dem Berichtsjahre ab- und dem verwandten Rechte am eigenen Bilde zugewendet hat. Diese Erscheinung erklärt sich auch zum Teil damit, daß der diesjährige 27. Juristentag dieses jüngste Recht wiederum auf sein Programm gestellt hat. Als Frucht der namenrechtlichen Abhandlungen der Vorjahre dürften die auffallend zahlreichen namenrechtlichen Entscheidungen des **RG.** und KG. zu bezeichnen sein, die in charakteristischer Weise zeigen, wie das Volk auf die Wahrung dieses ihm durch das BGB. bescherten Rechtes bedacht ist, nachdem einmal sein Rechtsgefühl auf dasselbe aufmerksam geworden ist. — Zu den Begriffen Geisteskrankheit, Geistesschwäche und Trunksucht sei besonders auf die Äußerungen aus medizinischen Kreisen hingewiesen. — Die Kontroverse über den Einfluß der Todeserklärung auf die Ehe s. Ziff. 1 zu § 18.

§ 1. 1. SächsOLG. **24** 477, DJZ. **03** 227 (Dresden): Gegen ein erst empfangenes, aber noch nicht geborenes Kind kann eine Klage nicht erhoben werden, weil ihm hierzu nach § 1 zur Zeit der Klagerhebung die Rechtsfähigkeit und daher nach §§ 50, 51 ZPO. auch die Parteifähigkeit fehlt.

2. v. Hobe-Gelting, Die Rechtsfähigkeit der Mitglieder religiöser Orden nach kanon. u. deutsch. Recht, Breslau 1903, 54: Als Endigungsgrund für die jedem Menschen zukommende Rechtsfähigkeit kennt das BGB. nur den Tod. Da nun das EG. auch keinen Vorbehalt für landesgesetzlich etwa vorhandene Aufhebungsgründe enthält, so sind gemäß Art. 55 EG. z. BGB. alle etwa bestehenden Gründe der Rechtsunfähigkeit aufgehoben. Grundsätzlich äußert also seit dem 1. Januar 1900 die Ablegung der Gelübde für das weltliche Recht keinerlei Wirkungen mehr. Die Gelübde äußern ihre Wirkung nur vor dem Forum des Gewissens. Sie verbieten dem Votanten, sich selbst als den Eigentümer seines Vermögens anzusehen, Verfügungen zu treffen, ohne auf ausdrücklichen Befehl seiner Oberen. Aber die Gerichte des Staates behandeln den Menschen ebenso nach wie vor der Profeß. Das Testament des Professen bleibt gültig, Pflichtteilsansprüche bleiben gegen ihn bestehen, von ihm gemachte Schenkungen sind rechtswirksam. Er ist partei- und prozeßfähig, er kann klagen und verklagt werden (54). Da Preußen von dem Vorbehalte des Art. 87 EG. z. BGB. keinen

Gebrauch gemacht hat, und die §§ 1199—1209 II. 11 ALR. durch Art. 89 des AG. ausdrücklich aufgehoben sind, unterliegen in Preußen die Religiosen schlechthin gar keinen Beschränkungen mehr (57).

Literatur: Bressler, Rechtspraxis der Ehescheidung bei Geisteskrankheit und Trunksucht, Halle a. S. 1903. — Brunswig, Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken nach dem BGB. Leipzig 1902 (Bd. I Heft 1 der Rostocker Rechtswissenschaftlichen Studien). — Endemann, Die Entmündigung wegen Trunksucht. Halle 1904 (Bd. I Heft 4 der Juristisch-psychiatrischen Grenzfragen). — Moeli, Die Geisteskrankheiten in zivilrechtlicher Hinsicht, in der „Gerichtlichen Medizin". Herausgegeben von Kutner, Jena 1903 177—198. — Schulze, Stellungnahme des RG. zur Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche. Halle a. S. 1903.

§ 6. I. Zu Ziff. 1. 1. Begriff der „Geisteskrankheit und Geistesschwäche". a) Schulze a. a. O.: Die Ausdrücke „Geisteskrankheit" und „Geistesschwäche" sollen erst dann angewandt werden, wenn der Grad der Einwirkung der geistigen Störung auf die Erledigung der Angelegenheiten abgeschätzt wird. Vorher und überhaupt immer, wenn auf diesen Gesichtspunkt kein Wert gelegt wird, sollten diese Ausdrücke vermieden werden. Wendet man ganz neutrale Bezeichnungen an, wie Seelenstörung, seelische Störung, Geistesstörung, geistige Erkrankung, Psychose, Irrsinn 2c., so erschwert der Sachverständige weder sich selbst unnötig die Aufgabe, noch dem Richter das Erfassen des Gutachtens.

Der Sachverständige muß zuerst entscheiden, ob der zu Entmündigende überhaupt, und wenn ja, ob voraussichtlich dauernd seelisch gestört ist; bejahendenfalls muß der Gutachter sich weiter darüber klar werden, ob diese Störung des zu Entmündigenden eine Unfähigkeit zur Besorgung der Gesamtheit seiner Angelegenheiten verursacht, und dann erst kann und darf, je nach dem Maße der schädigenden Einwirkung der Psychose, die Frage erledigt werden, ob der zu Entmündigende zu den Geisteskranken oder Geistesschwachen, wie sie der § 6 Nr. 1 trennt, zu rechnen ist.

b) Endemann a. a. O. 11: Geisteskrankheit stellt die schwerere, die volle Geschäftsunfähigkeit bewirkende, Geistesschwäche dagegen die leichtere, noch die beschränkte Geschäftsfähigkeit belassende Form der geistigen Erkrankung dar.

c) Der Begriff „Geisteskrankheit" in diesem Paragraphen ist nicht identisch mit der Geisteskrankheit des § 1569, indem das Ehescheidungs- und das Entmündigungsverfahren in ihren Wirkungen ohne notwendigen Einfluß aufeinander sind. Ein wegen Geisteskrankheit entmündigter Ehegatte wird nicht immer geschieden werden können, und bei einem wegen Geisteskrankheit Geschiedenen wird es nicht ausgeschlossen sein, daß er, der für seinen Ehegatten das Interesse u. s. w. verloren hat, dennoch bis zu gewissem Grade für seine eigenen Angelegenheiten zu sorgen vermag. Auch das Wort „geistige Gebrechen" im § 1910 umfaßt nicht die beiden Begriffe Geisteskrankheit und Geistesschwäche des § 6. Bressler a. a. O.

2. a) KGJ. **22** A 16, bestätigt durch **RG. 52** 240 führt aus: Entmündigung kann nur in Frage kommen, wenn Unfähigkeit zur Besorgung aller Angelegenheiten feststeht; ist dagegen der Betroffene nur außerstande, einzelne Angelegenheiten zu besorgen, so darf nur eine Pflegschaft angeordnet werden.

b) Endemann 14 ff.: Das **RG.** hat seiner Antithese nur eine scharfe Prägung geben wollen, aber nicht hat ein wirklich auf alle Angelegenheiten sich beziehendes Unvermögen verlangt werden sollen. Der Nachweis, daß ein geistig Erkrankter überhaupt gar keine seiner Angelegenheiten mehr entsprechend der Lebenserfahrung und den Anschauungen seiner Genossen sachgemäß besorgen kann, wird kaum jemals gelingen. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Geisteszustand infolge der Trunksucht derart beeinflußt wird, daß eine selbständige

vernunftgemäße Besorgung der Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit (als Ganzes, nicht als alle einzelnen verstanden) ausgeschlossen erscheint (15).

3. a) Im Gegensatze zur herrschenden Lehre und besonders zu Endemann, der der Entmündigung wegen Geistesschwäche nur die Rolle einer Hilfsform zuerkennt, will Brunswig 91ff. dieser unbedingt den Vorzug vor derjenigen wegen Geisteskrankheit geben, weil die Entmündigung wegen Geistesschwäche alle Anforderungen erfülle, die man an die praktische Brauchbarkeit der Entmündigung stellen könne.

Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit aber sei niemals vonnöten und in fast allen Fällen eine Härte, darum sei nie wegen Geisteskrankheit, sondern stets wegen Geistesschwäche zu entmündigen (99, 107). Eingehende Begründung dieses Satzes a. a. O. 91—111.

b) Brunswig 46ff. führt gegen Levis, Entmündigung Geisteskranker 81ff., der auch Personen, die jeglicher Bildung und Erziehung entbehren, für entmündigungsreif hält (s. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 6) aus, daß auf Grund des § 6 Ziff. 1 nur Personen entmündigt werden können, die geisteskrank im Sinne der Medizin sind; das ergebe sich auch aus den Protokollen. Motive I 586 (50).

c) Brunswig 45ff.: Ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter kann auch noch wegen Geistesschwäche entmündigt werden, worauf dann die Entmündigung wegen Geisteskrankheit wieder aufgehoben wird. Würde man zunächst die Entmündigung wegen Geisteskrankheit aufheben und dann wegen Schwäche entmündigen, so würde ein bedenklicher Zwischenzustand entstehen, in dem die erste Entmündigung aufgehoben, die zweite aber noch nicht ausgesprochen ist. Eine eigentliche Umwandlung der Entmündigung liegt hier nicht vor. Über den umgekehrten Fall Neumann, JDR. **1** Ziff. 5a Abs. 3 zu § 6.

4. a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **69** 338: Geisteskrankheit und Geistesschwäche können nur dann zur Entmündigung führen, wenn sie die Unfähigkeit des davon Betroffenen zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten im Gefolge haben. Falls geistige Gebrechen eine Person nur verhindern, einzelne Angelegenheiten oder diesen oder jenen Kreis derselben zu besorgen, so kann dies zwar die Einleitung einer Pflegschaft im Sinne des § 1910 Abs. 2, niemals aber die Entmündigung rechtfertigen. In gleichem Sinne die Entscheidungen desselben Gerichts, ebenda 235 und 246. (Vgl. auch die Entscheidungen des **RG.** JDR. **1** Ziff. 5a.)

b) BayrObLG., Puchelts Z. **33** 715: Wenn Jemand seinen Beruf oder sein Gewerbe auch mit Geschick und Umsicht zu betreiben vermag, so ist deshalb noch nicht die Frage, ob er seine Angelegenheiten zu besorgen vermöge, ohne weiteres zu bejahen. Der Begriff „Angelegenheiten" ist im weitesten Maße zu verstehen und nicht bloß auf den Abschluß von Rechtsgeschäften und die Erledigung von Geschäften des bürgerlichen Lebens zu erstrecken; er umfaßt auch die Sicherheit für das Vermögen des zu Entmündigenden, die Sorge für seine Familie, die Sicherstellung der Umgebung gegen die Gefahren seines krankhaften Handelns, die Fürsorge, daß er nicht in zivil- oder strafrechtliche Konflikte verwickelt werde. Bei Beurteilung dieser Fragen ist auch das öffentliche Interesse und die allgemeine Wohlfahrt in Betracht zu ziehen. Ebenso OLG. Karlsruhe, ebenda 715.

II. Zu Ziff. 2. OLG. Cöln, R. **03** 290: Zum Begriffe des Verschwenders wird erfordert, daß die betreffende Person einen Hang zur zweck- und sinnlosen Vermögensverschleuderung besitzt, welcher die Besorgnis begründet erscheinen läßt, daß sie durch ihr entsprechend an den Tag gelegtes Verhalten sich und ihre Familie dem Notstande preisgibt.

III. Zu Ziff. 3. (Trunksucht.) 1. Endemann 17ff.: In den beiden Gefährdungsfällen (Notstand und Gefährdung anderer) ist die Entmündigung zulässig, ohne Rücksicht darauf, ob der sog. Trunksüchtige seine Angelegenheiten zu besorgen vermag oder nicht.

Indem in Ziff. 3 nämlich drei Fälle gesondert aufgezählt und für den ersten die Voraussetzungen der geistigen Erkrankung juristisch genommen umschrieben werden, darf für die entgegengestellten beiden weiteren Fälle nicht dasselbe Erfordernis aus dem Begriffe der Trunksucht herausgelesen und hinzugefügt werden. Nur der erste Fall bezieht sich daher auf die Trunksucht als krankhaften Geisteszustand. Die beiden anderen Fälle aber gelten dem Zustande, wo infolge der Intoleranz oder des chronischen Alkoholismus bereits die typischen Erscheinungen des geistigen und sittlichen Verfalls eingetreten sind, ohne daß sich auch schon eine ausgeprägte Form der Gehirnerkrankung nachweisen ließe und ohne daß der exakte Beweis hierfür gefordert werden dürfte (18).

Vorschläge für eine andere Fassung des § 6 Ziff. 3 a. a. O. 17 und 47. Über den Begriff der Trunksucht Endemann a. a. O. 7ff., der zwischen „Trunkfälligen" und „Trunksüchtigen" unterscheidet (10).

2. a) **RG.** JW. **02** Beil. 280: An Trunksucht leidet, wer zum übermäßigen Trinken einen krankhaften Hang in dem Grade besitzt, daß er die Kraft verloren hat, dem Anreize zum übermäßigen Genusse geistiger Getränke zu widerstehen. — Die im Abs. 1 Ziff. 3 hervorgehobenen verschiedenen Folgen der Trunksucht stellen gleichwertige Alternativen dar, von denen die eine der anderen substituirt werden darf, ohne daß dadurch der Tatbestand der Trunksucht, als Grund der Entmündigung, eine Änderung erleidet (281).

b) Der durch den Ausdruck „Sucht" bezeichnete krankhafte Zustand ist ein Zustand von Krankheit des Nervensystems. Es handelt sich hier nicht um ein übermäßiges Trinken, sondern um „Sucht" aus den das Nervensystem treffenden Wirkungen des Alkohols. Moeli a. a. O. 188.

3. Bressler a. a. O. 44 erblickt darin eine Lücke, daß beim § 6 Ziff. 3 die Wirkung anderer narkotischer Mittel (Morphium, Kokain, Chloralhydrat) nicht berücksichtigt wurde, zumal in Wirklichkeit sehr viele Morphinisten, Kokainisten usw. gleichzeitig Alkoholisten sind; es zeigt sich hier ein Widerspruch bei den Gesetzgebern, insofern als im § 827 neben „geistige Getränke" „ähnliche Mittel" gesetzt sind.

IV. Abs. 2. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 899ff.: Der Grund zur Entmündigung ist weggefallen nicht nur, wenn der unter der Herrschaft des früheren Rechtes wegen Geisteskrankheit Entmündigte geistig ganz gesund geworden ist, sondern auch dann, wenn der wegen Geisteskrankheit Entmündigte im Sinne des BGB. nur geistesschwach ist. Dies ist insbesondere auch dann der Fall, wenn das frühere Recht für die Entmündigung wegen Geisteskrankheit mindere Anforderungen gestellt hat, und dergleichen Anforderungen vom Standpunkte des neuen Rechtes nur noch zur Annahme der Geistesschwäche ausreichend sind (vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 999). Auf die Klage eines nach altem Rechte Entmündigten auf Wiederaufhebung der Entmündigung aber ist es beim Vorliegen von Geistesschwäche nicht erforderlich, daß das Gericht gemäß diesem Antrag erkennt, es kann vielmehr die Entmündigung wegen Geistesschwäche nach neuem Rechte aufrechterhalten, ohne daß es eines neuen auf Entmündigung wegen Geistesschwäche einzuleitenden Verfahrens bedarf (899/900).

§ 7. 1. Wohnsitz im allgemeinen: Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen 114ff. betrachtet die Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes als eine rechtsgeschäftliche Rechtshandlung

(vgl. hierüber auch IDR. **1** Ziff. 2 zu § 7). Die „ständige Niederlassung“ ist nicht etwas rein Tatsächliches, sondern ein rechtlicher Begriff, zum mindesten ein Begriff der Verkehrsanschauung. Bei der Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes muß die Herstellung der Beziehung zwischen Person und Ort gewollt sein in dem Sinne der Rechtsanschauung, welche nur die in dieser oder jener gewissen Weise gestaltete Beziehung als „ständige Niederlassung“ im Sinne des § 7 betrachtet (116). Das Kind kann zwar sich irgendwo „aufhalten“ wollen, aber es vermag diese seine Beziehung zu einem bestimmten Orte nicht in der gedachten Weise zu qualifizieren. Es ergibt sich daher die Unfähigkeit des Kindes zur Begründung des Wohnsitzes aus seiner Unfähigkeit zum Wollen mit rechtlichem Inhalte (117). S. u. Ziff. 1 zu § 8.

2. a) Männliche und weibliche Angestellte, z. B. Dienstmädchen, Kellnerinnen, Hauslehrer, Erzieherinnen, Handlungs-, Gewerbe- und Wirtschaftsgehilfen, haben am Dienstorte wohl Aufenthalt, aber nicht Wohnsitz; denn man kann von einem solchen Angestellten nicht sagen, daß er sich am Orte seiner Beschäftigung „ständig niederlasse“ im Sinne des § 7.

b) Nur wenn jene Angestellten lange Jahre hindurch jene Dienste geleistet haben und nach den vorliegenden Umständen, insbesondere wegen ihres vorgerückten Alters oder weil sie eine eigene Häuslichkeit begründet haben oder mit Rücksicht auf die ihnen von ihrem Dienstherrn zugewiesene besondere Stellung anzunehmen ist, daß das Dienstverhältnis als eine dauernd befestigte Erwerbsstellung erscheint, kann man sagen, daß ein solcher Angestellter sich am Dienstorte „ständig niederlasse“, dort seinen Wohnsitz habe. Es kommt hier alles auf die Umstände des Einzelfalls an, z. B. auch darauf, ob die Erwerbsstellung ununterbrochen bestanden hat. Während hier also besondere Ausnahmezustände vorliegen müssen, um die ständige Niederlassung anzunehmen, gilt umgekehrt

c) daß eine Person, die an einen Ort hinzieht, um hier ein selbständiges Gewerbe zu betreiben (z. B. als Wäscherin, Plätterin), sich hier „ständig niederläßt“. Das gleiche gilt von einer Schauspielerin oder Opernsängerin; denn diese ist nicht Gehilfin des Unternehmers, sondern in der Ausführung ihrer Dienste selbständig. Gerichtsassessoren und die im Vorbereitungsdienste beschäftigten Beamten, Fahnenjunker, Fähnriche begründen am Orte ihrer Beschäftigung nicht den Wohnsitz, behalten vielmehr den abgeleiteten väterlichen. Dagegen hat der minderjährige Leutnant am Garnisonorte seinen Wohnsitz, wie jeder festangestellte Beamte an seinem Amtssitz.

d) Verlegt die verwitwete Mutter ihren Wohnsitz und nimmt sie die minderjährigen Kinder mit, oder folgen diese ihr, so liegt hierin noch nicht, daß die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt hiermit auch den Wohnsitz der Kinder verlegt; vielmehr behalten in solchem Falle die Kinder den abgeleiteten Wohnsitz, den sie bei des Vaters Tode hatten.

e) Die Unterbringung des geisteskranken Mündels in die Heilanstalt begründet, selbst wenn sie dauernd beabsichtigt ist, keinen Wohnsitz des Mündels am Orte der Heilanstalt. Denn der Vormund ist rechtlich gar nicht in der Lage, und hat auch nicht den mindesten Anlaß, dem Geisteskranken „einen Mittelpunkt der Verhältnisse und seiner Tätigkeit“ zu bestimmen. Der Geisteskranke behält also den Wohnsitz, den er vor der Unterbringung hatte. Ist dieser letztere vom Vormunde (durch Verkauf der Wirtschaftseinrichtung des Geisteskranken) aufgegeben, so ist die Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirke die Anstalt liegt, als Gericht des Aufenthalts begründet. Josef, CBlFrG. **4** 306—316 (vgl. IDR. **1** zu § 8).

3. Abs. 1. a) BayrObLG. **3** 692: Das Bestehen eines Wohnsitzes im Sinne des § 7 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Inhaber des Wohnsitzes sich meistens an anderen Orten aufhält.

b) LG. Königsberg, PosMschr. **03** 47: Wohnsitz setzt den manifestierten Willen voraus, an einem bestimmten Orte dauernden Aufenthalt für alle Lebensverhältnisse zu nehmen. Durch Gewerbebetrieb allein, ohne Wirtschaftseinrichtung, wenn diese sich an einem anderen Orte befindet, wird der Wohnsitz nicht begründet.

4. Abs. 2. Wenn ein Beamter, wie es in großen Städten häufig vorkommt, nicht am Orte seines Amtssitzes, sondern in einem Vororte Wohnung genommen hat, so wird regelmäßig der Ort, in dem seine Wohnung liegt, als sein Wohnsitz anzusehen sein, selbst wenn es sich um Verhältnisse handelt, die ihren Ursprung in seinem amtlichen Wirken haben. Einen dienstlichen Wohnsitz der Beamten kennt das BGB. nicht. Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 15.

5. Abs. 3. SächsOVG. **3** 268: Zu dem Willen, die Niederlassung aufzugeben, muß der tatsächliche Vollzug des Willens hinzutreten. Es ist erforderlich, daß entscheidende Schritte unternommen worden sind, die als Wohnsitzaufgabe gedeutet werden müssen (269). Vgl auch ebenda **1** 266 ff.

§ 8. 1. Dittenberger, Schutz des Kindes 117 ff.: Die Bestimmung des § 8 erscheint überflüssig insofern, als dasselbe Resultat auf dem Wege analoger Anwendung der Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte hätte erzielt werden können, doch erscheint die Fixierung der Vorschrift zweckmäßig mit Rücksicht darauf, als die Qualifizierung der Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes als einer rechtsgeschäftlichen Rechtshandlung (s. o. Ziff. 1 zu § 7) nicht unanfechtbar erscheint (118).

2. Leske BGB. I 37: Indem das BGB. bestimmt, daß geschäftsunfähige und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte ohne den Willen ihrer gesetzlichen Vertreter einen Wohnsitz weder begründen noch aufheben können, bringt es zum Ausdrucke, daß für die Wahl des Wohnsitzes die für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften zur entsprechenden Anwendung gelangen sollen.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **69** 302: Der letzte Wohnsitz eines als ehelich geltenden Kindes ist der des Vaters, da § 11 zwischen gegenwärtigem und letztem Wohnsitze keinen Unterschied macht. Das Kind hat seinen letzten Wohnsitz da, wo ihn der Vater hatte, bis er ihn rechtsgültig aufgab.

§ 9. LG. Mainz, Hess.Rspr. **3** 99 ff.: Der „Garnisonort" einer abkommandierten Militärperson ist nicht der Kommandoort, denn dieser ist nur der Ort vorübergehender Niederlassung, da der Abkommandierte aus seinem bisherigen Truppenteil nicht ausscheidet (100).

§ 11. 1. Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 20: Als ehelich gelten auch die Kinder aus einer nichtigen oder mit Erfolg angefochtenen Ehe, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben (§ 1699). Kinder aus solcher Ehe teilen daher den Wohnsitz des Vaters, und zwar auch im Falle des § 1701, da die Versagung der aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte die Frage, welchen Wohnsitz das Kind kraft Gesetzes hat, nicht berührt, diese Frage vielmehr nur durch § 11 entschieden wird. Selbstverständlich kann aber im Falle des § 1701 der Vater für das Kind keinen neuen Wohnsitz begründen oder den bisherigen aufheben; dies Recht steht nur der Mutter zu (§ 1701 Satz 2).

Den unehelichen Kindern gleich stehen die Kinder aus nichtigen oder mit Erfolg angefochtenen Ehen, wenn die formwidrige Ehe nicht in das

Heiratsregister eingetragen (§ 1699 Abs. 2), oder wenn beiden Elternteilen bei der Eheschließung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund bekannt war (§§ 1703, 1721). Um in diesem Falle den Wohnsitz des Kindes zu bestimmen, wird es erforderlich sein, auf den Wohnsitz zurückzugehen, den die Mutter bei der Geburt des Kindes gehabt hat. Dieser Wohnsitz braucht nicht notwendig mit dem Ehewohnsitz übereinzustimmen, z. B. dann nicht, wenn die Ehe ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der Frau geschlossen worden ist (§ 1331). Ist in diesem Falle gesetzlicher Vertreter der Frau ihr Vater, so wird regelmäßig anzunehmen sein, daß die nicht voll geschäftsfähige Frau und damit auch ihr (als unehelich geltendes) Kind fortgesetzt den Wohnsitz ihres Vaters teilen. Erst nach rechtskräftiger Feststellung der Nichtigkeit der Ehe kann der dem Kinde bestellte Vormund diesem sodann einen neuen Wohnsitz anweisen oder den bisherigen beibehalten.

2. OLG. Stuttgart, Württ. ZFrG. **45** 107: Dadurch, daß der eheliche Vater seinen Wohnsitz aufhebt und wohnungslos wird, verliert das Kind den Wohnsitz nicht, so wenig, wie es ihn dadurch verliert, daß der Vater stirbt. Entfernt sich der Vater mit Hinterlassung von Weib und Kind aus seinem früheren Wohnorte, so spricht dieser Umstand dafür, daß er, wenn überhaupt, so jedenfalls nur für sich, nicht auch für sein Kind, den Wohnsitz aufgehoben hat.

Literatur: Adler, Das Recht am Namen nach österr. Zivilrecht, GrünhutsZ. **31** 69 ff. — auch Separatabdruck, Wien 1903. — Adler, Das Recht am Wappen, Öst.AGZ. **03** Nr. 22. — v. Blume, Ist ein Recht am eigenen Bilde anzuerkennen? R. **03** 113—118. — Kohler, Das Eigenbild im Rechte. Berlin 1903. — Osterrieth, Bemerkungen z. Entw. d. neuen Ges. über d. Urheberrecht an Werken d. Photographie. Gewerbl. Rechtsschutz **02** 343 ff. — Rietschel, Das Recht am eigenen Bilde, A.civPr. **94** 142—196 — auch Sonderabdruck Tübingen-Leipzig 1903. — Schneickert, Der Schutz der Photographie u. d. Recht am eigenen Bilde. Halle a. S. 1903, — Schuster, Zum Recht am eigenen Bilde, Beil. z. Allg. Z. **03** Nr. 224. — Weyl, Der Name der Findelkinder und anderen Namenlosen, Standesamt **2** Nr. 7—12 — auch Sonderabdruck Leipzig 1903 —.

§ 12. 1. Adler, Grünhuts Z. **31** 69 ff. führt aus, daß ein Gebrauch des Namens nur in seiner Verwendung als Mittel zur Kennzeichnung einer Person gelegen sei; Rechtsschutz werde dem Namen nur unter der Voraussetzung gewährt, daß durch seinen unbefugten Gebrauch die Gefahr entsteht, daß der Namensträger mit anderen Personen verwechselt oder in einen Zusammenhang mit Personen gebracht wird, welcher nicht besteht, oder ihm Unternehmungen, Werke oder Äußerungen zugeschrieben werden, welche ihm fremd sind. In dieser Gefahr erscheine sein rechtliches Interesse an der Beseitigung des Mißbrauchs seines Namens begründet. Der Schutz komme unter Umständen selbst dem Vornamen zu (73 f.). Das Recht am Namen sei nicht verletzt, wenn der Name einer Person eines Dramas oder Romans beigelegt wird. Ebenso Rietschel a. a. O. 29, im übrigen siehe JDR. **1** § 12 III 2 (12/13).

2. Name der Findelkinder und anderen Namenlosen, (vgl. auch JRD. **1** zu § 1616). Die unter diesem Titel von Weyl, „Standesamt" **2** Nr. 7—12 unter Heranziehung aller Äußerungen aus Literatur und Praxis vorgenommenen Erörterungen über die bisher sehr stiefmütterlich behandelten Frage führen zu scharfer Trennung von „neugeborenen" Findelkindern, „älteren Findelkindern" und volljährigen Namenlosen (z. B. vagabundierenden Idioten).

a) „Neugeborene" Findelkinder. Da über die Befugnis zur Namenbeilegung auch der vielfach irrig ausgelegte § 24 des Personenstandsgesetzes schweigt, ist die gesetzliche Lücke sowohl wegen des Vornamens wie wegen des Nachnamens — der als Interimsname hier gleichfalls beigelegt werden muß — dahin auszufüllen, daß, weil es sich hier mehr um das individuelle Interesse des Findlings selber handelt und somit eine privatrechtliche Fürsorge für dessen

Person in Frage steht, zufolge BGB. §§ 1773 Abs. 2, 1793 der (schleunigst zu bestellende) Vormund die Namen beilegt; eine diesbezügliche Befugnis des Finders oder des Standesbeamten, der Ortspolizei, des Vormundschaftsgerichts oder einer anderen staatlichen Behörde muß, zumal nicht ein Fall der Namensänderung vorliegt, verneint werden, und ebenso sind die in dieser Richtung ergangenen Partikularrechtsnormen — z. B. die Ausführungsgesetze zum BGB. für Sachsen-Meiningen (Art. 25 § 3), Sachsen-Koburg (Art. 3) und Reuß j. L. (§ 4) — wegen Eingriffs in eine dem Landesrechte nicht reserviert gebliebene Materie materiell ungültig. Für die Bestellung des Vormundes und die Anmeldung des gewählten Namens beim Standesamt ergeben sich aus gleichzeitiger Berücksichtigung von § 48 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewisse Komplikationen. Die Namenwahl ist betreffs des Nachnamens dadurch beschränkt, daß z. B. adlige oder dem Interesse des Kindes zuwiderlaufende (z. B. lächerliche, ungermanische) Namen zu vermeiden sind. Der Namenserwerb vollzieht sich durch die Beilegung, während die Eintragung ins standesamtliche Register — ebenso auch bei späterer Eintragung des inzwischen ermittelten wahren Namens — nur deklaratorisch wirkt.

b) „Ältere" Findelkinder, d. h. solche Minderjährige, wegen derer die einwöchige Anzeigepflicht des Personenstandsgesetzes § 17 bereits abgelaufen erscheint. Hier sind gleichfalls §§ 1773 Abs. 2, 1793 und freiwillige Gerichtsbarkeit § 48 zutreffend, und wegen der Eintragbarkeit ist Personenstandsgesetz § 27 heranzuziehen; aber mit § 24 ebenda (der nur von „neugeborenen" Findelkindern spricht) fällt die Anzeigepflicht des Finders und die Vermittelung der Polizei fort. Sofern das Kind bereits selber seinen Namen — unmißverständlich! — anzugeben weiß, wird der Vormund diesen Namen zu wählen haben.

c) Volljährige Namenlose wählen sich — sofern nicht zufolge §§ 1896 f., 1906, 1910 ein Vormund oder Pfleger kompetent ist — den Namen aus eigenem Recht selber; doch kann gegen ihren Willen die Eintragung ins Register nicht erfolgen. Auch § 48 FGG. ist hier unanwendbar.

3. Aus der Praxis: a) OLG. **7** 425 (Hamburg), HansGerZ. **03** Beibl. 294: An und für sich ist gegen Behörden als solche der Schutz des Namens nicht gegeben, auch dann nicht, wenn sie die Anerkennung des Rechtes zum Gebrauche verweigern sollten. Der Schutz des § 12 ist aber nicht zu versagen gegen eine Polizeibehörde, welche Melderegister führt und nach dem positiven Rechte (Hamburger G. v. 6. 5. 1891) auf Anfrage von Privaten Auskunft über die Adressen der gemeldeten Personen zu geben hat. In einem solchen Falle können sich für jeden, namentlich für einen Geschäftsmann, Unzuträglichkeiten und Schädigungen ergeben, wenn er in den Melderegistern der betreffenden Polizeibehörde nicht unter dem ihm zukommenden, im Verkehre mit Recht gebrauchten Namen zu finden ist.

RG. 54 42 ff.: Der Beklagte hat sich das Wort „Sylvester" nicht als ein Phantasiewort oder als Namen des Kalenderheiligen Sylvester, sondern als den Namen des Klägers als Warenzeichen eintragen lassen. In einer solchen Eintragung des Namens aber liegt eine Ausübung des dem Träger des Namens ausschließlich zustehenden Gebrauchsrechts. Wenn diese Ausübung nicht ausdrücklich oder stillschweigend übertragen worden ist, erfolgt sie unbefugt. Das Interesse des Klägers ist insofern verletzt, als die durch den Beklagten erfolgte Zeicheneintragung ein Hindernis bildet für die vom Kläger für sich selbst erstrebte Eintragung seines Namens als Warenzeichen. Kläger kann daher vom Beklagten Einwilligung in die Löschung seines Warenzeichens „Sylvester" verlangen.

RG. Rhein. Arch. **99** 2. Abt. 120ff, R. **03** 236: Eine Abmachung, daß jemand in seinem eigenen Handelsgeschäfte bestimmte Artikel in eigenem Namen und auf eigene Rechnung verkaufen, sich dabei aber einer ihm nicht zustehenden Firma bedienen solle, ist nichtig (§ 134). Man kann nicht beliebig einen bürgerlichen Namen annehmen, der einem nicht zukommt, und kann auch nicht beliebig eine fremde Firma gebrauchen, die man nicht in gesetzlicher Weise, nämlich durch Übertragung mit dem Geschäft erworben hat.

RG. Unl. Wettbewerb **2** 108: Es ist kein Gebrauch eines Personennamens im Sinne des § 12, wenn jemand nur die Tatsache ankündigt, daß die nach einem näher bezeichneten Verfahren von jedermann herstellbare Ware qualitativ gleicher oder ähnlicher Art sei, wie eine unter einem bestimmten Personennamen in dem Verkehr bekannte Ware. (Getreidekümmel à la Gilka).

BayrObLG. **3** 925ff.: Die Vorschrift des § 12 ist auch auf den Gebrauch des Namens zur Bezeichnung einer Warenart anzuwenden (Dr. von A.-Sublimat-Pastillen). Neben dem Rechte, den unbefugten Gebrauch des Namens zur Warenbezeichnung zu verbieten, kann die Entschädigungspflicht aus § 14 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen in Betracht kommen (931).

RG. 51 263ff.: In dem Weitervertriebe von zeichenrechtlich geschützten Waren ist ein Verstoß gegen § 12 nicht enthalten (271).

b) Änderung des Familiennamens: KGJ. **22** C 115ff.: Eine Änderung des Namens liegt auch dann vor, wenn jemand sich statt des von ihm geführten Namens, unter dem sich sein bürgerlicher Verkehr in Staat und Gesellschaft abgewickelt hat, des abweichenden Namens einer seiner Vorfahren bedient, in der Überzeugung, daß der von seinem Vorfahren geführte Name der historisch richtige ist. Auch zu dieser Änderung ist Genehmigung nach dem Kgl. Erlasse vom 12. Juli 1867 erforderlich (116). Bloße Fortführung des bei der Geburt oder einem späteren namengebenden Akte überwiesenen — wenn auch historisch unrichtigen — Familiennamens, ist keine Änderung (119).

c) Adelsprädikat (vgl. JDR. **1** zu § 12 S. 9): KGJ. **23** A 192: Die Frage, ob jemand von adligem Stande ist, gehört dem bürgerlichen Rechte nicht an, sie ist daher nicht von Gerichten zu entscheiden, sondern unterliegt der Beurteilung der zur Bearbeitung der Standessachen berufenen Verwaltungsbehörden. Ebenso OLG. **6** 103 (KG.).

d) Vorname: KGJ. **25** A 52: Jeder hat zunächst denjenigen Vornamen zu führen, welcher ihm von dem hierzu Berechtigten, insbesondere von dem Vater, alsbald nach der Geburt des Namensträgers beigelegt ist.

KGJ. **26** C 89: Über den richtigen Vornamen einer Person gibt für die Zeit bis zur Einführung der Standesregister das Kirchenbuch Aufschluß; doch ist der Beweis zulässig, daß der zur Namenwahl Berechtigte (Vater) einen anderen Vornamen zur Eintragung angemeldet habe.

KGJ. **25** A 51: Wenn vor Geltung des Personenstandsgesetzes in einem lateinisch geführten Kirchenbuche der Provinz Posen der Vorname eines Täuflings in der lateinischen Form vermerkt ist, so erbringt diese Eintragung keinen vollen Beweis dafür, daß der Name in dieser lateinischen Form erteilt sei. Ebenso KGJ. **26** C 89 (s. o.).

Das Recht am eigenen Bilde.

(Anhang zu **§ 12.**) 1. Schneickert a. a. O. 96ff.: Das Recht am eigenen Bilde ist ein Persönlichkeitsrecht und der Art nach verwandt mit dem im § 12 statuierten Namenrechte. Bei seiner gesetzlichen Regelung sind folgende Grundsätze zu beachten:

I. Es ist zu unterscheiden zwischen dem schon fixierten und dem erst zu fixierenden körperlichen Abbild einer Person. Jenes umfaßt mehr die positive, dieses die negative Seite des Rechtes am eigenen Bilde.

a. Nach seiner positiven Seite hin enthält dieses Persönlichkeitsrecht die Befugnis, nach freier Willensbestimmung Verfügungen über das Urbild, sowie dessen Abbild zu treffen.

b. Nach seiner negativen Seite enthält das Recht am eigenen Bilde ein Verbietungsrecht gegen unbefugte Eingriffe in die fragliche Persönlichkeitsrechtssphäre.

II. Unbefugt ist grundsätzlich jede Abbildung einer Person ohne deren Wissen oder gegen deren Willen, sei es mit Hilfe der Photographie oder mit anderen Mitteln.

Die im Absatz 2 des § 14 und im § 15 des Photographieschutzgesetzentwurfs vom 21. Juli 1902 genannten Fälle sind als die einzigen Ausnahmen dieses Grundsatzes anzuerkennen.

III. Die unbefugte Abbildung (Darstellung) einer Person oder die unbefugte Verbreitung eines Personenbildnisses ist grundsätzlich nicht als Beleidigung strafbar, auch nicht als delictum sui generis, wie § 17 Abs. 2 des zitierten Entwurfs vorsieht, da es sich hier, wie beim Namenrecht, um die Verletzung eines Privatrechts handelt und daher nur die zivilrechtliche Unterlassungs- bzw. Schadenersatzklage (§§ 12, 823) neben dem Anspruch auf Einziehung oder Vernichtung der unbefugt hergestellten Platten 2c. im objektiven Strafverfahren (§ 20 Abs. 3 des Entwurfs) zu gewähren ist. An Stelle des zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs soll dem Verletzten auch ein Anspruch auf Buße gewährt werden, da in vielen Fällen der Verletzung des Rechtes am eigenen Bilde der Nachweis eines Vermögensnachteils schwer oder unmöglich ist. Die Geltendmachung des Rechtsschutzes steht dem Abgebildeten, bzw. seinem gesetzlichen Vertreter zu, im Falle des Todes des Abgebildeten dem zunächst interessierten Verwandten (162—171).

IV. Ehrverletzende Darstellungen und Verbreitungen eines Personenbildnisses fallen als strafbare Handlungen unter § 185 StGB. Hierher gehört auch die kränkende Karikierung einer Person.

V. Was der öffentlichen Kritik unterliegt, kann auch nicht zugunsten des Rechtes am eigenen Bilde eingeschränkt werden.

VI. Das Recht am eigenen Bilde ist da zu regeln, wo sich die Notwendigkeit hierzu am ersten und am dringlichsten fühlbar macht, d. i. im Photographieschutzgesetze.

2. Kohler a. a. O. 7 will ein Recht am eigenen Bilde, in der Art, wie es von Keyßner behauptet wird, nicht anerkennen (vgl. IDR. **1** § 12 S. 16) und schlägt folgende Fassung des seines Erachtens nicht leicht abzugrenzenden Persönlichkeitsrechts vor: Die öffentliche Wiedergabe des menschlichen Bildes ist verboten, wenn sie in gesellschaftswidriger, kränkender oder herabsetzender Weise erfolgt (17). Ebenso in der Holtzendorffschen Encyklopädie (6) § 18 (588).

3. Rietschel a. a. O. vertritt den Standpunkt: Nur die gesetzliche Anerkennung eines Rechtes am eigenen Bilde vermag ausreichend gegen Porträtmißbrauch zu schützen. Dieses Recht am eigenen Bilde wäre näher zu charakterisieren als das Recht, über das eigene Bild zu verfügen und alle anderen von der Verfügung über dieses Bild ausschließen zu können (18). Indem er das Interesse am eigenen Bilde genauer zergliedert, findet er, daß dieses nach zwei völlig verschiedenen Richtungen hin Schutz verlangt, einmal, wenn das eigene Bild als Identitätsmerkmal in Betracht kommt und durch einen fälschlichen Mißbrauch der besonderen Beziehungen auf die Person entkleidet wird und zweitens

in jenen Fällen, in denen das Abbild veröffentlicht wird, um das Urbild selbst darzustellen (25—27). Rietschel will — übereinstimmend mit Olshausen, Gruchots Beitr. 46 506 — den Schutz gegen Veröffentlichung des eigenen Bildes davon abhängig machen, daß ein Interesse verletzt wird, und meint, daß auf diese Weise alle wirklich schutzbedürftigen Fälle gedeckt und alle die kasuistischen Ausnahmen erspart würden, die Keyßner und Gareis in so wenig glücklicher Weise gemacht hätten (30/31). Ebenso auch Adler, Recht am eigenen Bilde (Nr. 210 der Wiener Abendpost). Eine Kritik des neuen Entwurfes eines Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Photographie s. Rietschel 40—55.

4. v. Blume a. a. O. 114 tritt gegen ein besonderes Recht am eigenen Bilde auf, weil es sich bei diesem um nichts anderes handele als um das wohlbekannte Recht der Ehre; die Ehre sei es, die durch die mißliebige Nachbildung verletzt werde (115). Er glaubt, daß das BGB. bei richtiger Anwendung des Rechts der Ehre bereits genügenden zivilrechtlichen Schutz verleihe, da auch der Anspruch auf Unschädlichmachung des beleidigenden Bildes durch das BGB. gegeben sei. Mithin genüge das BGB. allen gerechtfertigten Forderungen auf Schutz der Persönlichkeit gegen Nachbildung ihrer Erscheinung. Für den Gesetzgeber aber gelte: super fina nocent. Doppelte Vorsicht vollends sei vonnöten, wenn er dazu schreiten will, ein Gebiet einzuengen, das bisher der freien Betätigung offen stand (117). Endlich ist als energischer Gegner des Rechtes am eigenen Bilde noch Schuster zu nennen, der, gestützt auf Äußerungen von Künstlern und Kunstgelehrten, zu folgendem Ergebnisse gelangt: das Recht am eigenen Bilde ist also nicht nur nicht anzuerkennen, sondern im Gegenteile, die bisher geübte Freiheit der Kunst für eigenmächtige Aufnahmen, Skizzen, Studien und für deren künstlerische Verwertung muß durch ausdrückliche Kodifikation sichergestellt werden, nachdem sich gezeigt hat, welchen Gefahren sie von seiten der Theorie und einer von dieser beherrschten Praxis ohne einen solchen festen gesetzlichen Schutzwall ausgesetzt wäre. Das Mindeste aber, was zu fordern, ist das: Der deutschen Kunst darf vom deutschen Rechte kein Leid widerfahren.

5. Osterrieth a. a. O. 367 ff. betrachtet den Porträtschutz unter kritischer Würdigung des Entwurfes des neuen Photographieschutzgesetzes. Er ist der Ansicht, daß man die Frage zu eng fasse, wenn man den Porträtschutz nur unter dem Gesichtspunkte der Ehrverletzung betrachte, weil es sich um einen Eingriff in die Willensphäre des Individuums handele, das gezwungen wird, in die Öffentlichkeit hervorzutreten. Eine jede Veröffentlichung des Porträts aber sei als Zwang zu einer Betätigung prinzipiell rechtswidrig (373).

6. Recht am Wappen: Adler, Öst. AGZ. 03 22, legt dar, daß die unbefugte Führung eines Wappens als gewerbliche Marke, das Recht an diesem Wappen verletze.

7. Aus der Praxis: LG. Graudenz, PosMSchr 03 102 ff., Gewerbl. Rechtsschutz 03 327: Ein Bild, welches den Kläger mit drei anderen Herren in der Uniform der freiwilligen Feuerwehr, versehen mit komischen Ausrüstungsgegenständen, in ausgelassenster Stimmung darstellt, war durch den Beklagten, einen der Abgebildeten, in seinem Restaurant öffentlich ausgehängt worden. Das LG. nimmt an, daß der Beklagte hierdurch das Ansehen des Klägers geschädigt und ihn in der öffentlichen Meinung herabgesetzt und sich dadurch, daß er trotz Aufforderung des Klägers dasselbe nicht entfernte, einer bewußten Ehrenkränkung schuldig gemacht habe und hält den Anspruch des Klägers auf Entfernung des Bildes infolge der §§ 823 Abs. 2 BGB. und 185 StGB. für begründet. Die Ansicht des Vorderrichters, daß ausgehend von § 12 ein allgemeines Recht der Persönlichkeit, also auch eines Schutzes des Rechtes am eigenen Bilde anzunehmen sei, wird verworfen. Vgl. die Entscheidungen in JDR. 1 Ziff. 9b zu § 823 (470.)

Literatur: Lehmann, Die Todeserklärung Verschollener nach dem BGB. Hirths Ann. **01** 18 ff.

§ 13. Lehmann a. a. O. 68 ff.: „Die Todeserklärung kann erfolgen" bedeutet, daß irgendwelcher staatliche oder sonstige Zwang nicht stattfindet, sondern die Betreibung und Erwirkung der Todeserklärung lediglich bei den Interessenten steht. Wo ein solches Interesse nicht vorhanden ist, liegt keine allgemeine Veranlassung vor, eine Todeserklärung herbeizuführen (69).

§ 14. 1. Abs. 1 Satz 1. Lehmann a. a. O. 71 ff.: Aus welchen Gründen die Verschollenheit in concreto gefolgert wird, ist nicht ausgesprochen; dies bestimmt sich folglich nach richterlichem Ermessen; die nachrichtlose Abwesenheit, während der der Aufenthalt des Abwesenden unbekannt gewesen ist, muß eine zehnjährige Dauer gehabt haben und darf nicht durch eine Kunde von dem Leben oder Tode des Verschollenen unterbrochen sein. Der Gebrauch des Wortes „eingegangen" kann hierbei kein Bedenken erwecken, da es als selbstverständlich gelten darf, daß, wenn die Nachricht sich auf einen früheren Zeitpunkt bezieht, der mehr oder weniger zufällige Moment des Eintreffens der Nachricht keinen Unterschied begründet. Jedenfalls ist der Moment des Eintreffens der Nachricht auf die Feststellung der Todeszeit ohne Einfluß (73).

2. Abs. 1 Satz 2. Lehmann a. a. O. 121: Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 findet nur auf die regelmäßige Todeserklärung, nicht aber auf die abgekürzten Todeserklärungen der §§ 15—17 Anwendung, da in diesen Fällen kein hinreichender Grund besteht, den Minderjährigen anders zu behandeln als den Volljährigen. Dies wird bestätigt durch § 1884 Abs. 2, da die dort vorgesehene Todeserklärung eines Mündels sonst unmöglich wäre (122).

§ 15. 1. Abs. 1 Satz 1. Lehmann a. a. O 125 ff.: Gleichgültig ist, welchem Staate die bewaffnete Macht angehört und wo der Krieg geführt wird. Der Ausdruck „Angehörige einer bewaffneten Macht" ist ein technischer, der in der Regel zunächst nach der Gesetzgebung des kriegführenden Staates, eventuell auch nach den militär-politischen Maßregeln, zu bestimmen ist. Ob Freiwilligentruppen zur bewaffneten Macht zu rechnen sind, ist lediglich nach den Umständen, gegebenenfalls sogar nur vom politischen Gesichtspunkte, zu beurteilen. Der Begriff des „Staates" wird auf anerkannte zivilisierte Staaten, deren Militärgesetzgebung und Organisation wenigstens einigermaßen fest und klar geregelt ist, zu beschränken sein. Der Begriff des „Krieges" dürfte nicht ausschließlich im streng wissenschaftlichen, staats- und völkerrechtlichen Sinne des Wortes zu verstehen sein, da eine solche Beschränkung mit dem Zwecke und Sinne der Vorschrift nicht vereinbar ist. Kriege im Sinne des § 15 sind daher auch die Kämpfe deutscher Schutztruppen gegen wilde Eingeborene. A. M. Gareis, PosMschr. **01** 131, s. JDR. **I** zu § 15.

Ob die Vorschrift auch auf die Teilnehmer an einer Revolution Anwendung finden kann, wird danach zu entscheiden sein, ob die Revolutionspartei als „kriegführende Macht" anzuerkennen ist. Eine bloße „Mobilmachung" im technischen Sinne wird in der Regel nicht genügen, es wird ein tatsächlicher Kriegszustand die unerläßliche Voraussetzung der Anwendung des § 15 sein (125). „Vermißt" sind diejenigen Personen, die beim Friedensschluß oder dem diesem gleichstehenden Moment endgültig als solche amtlich bezeichnet werden (126).

2. Abs. 2. Lehmann a. a. O. 127: Das Kriterium dafür, ob jemand nach Abs. 2 als Angehöriger einer bewaffneten Macht gilt, ist in Zweifelsfällen in einem festen, wenn auch vorübergehenden Pflichtverhältnisse zu der im Kriege begriffenen Macht — jedoch ohne Rücksicht auf Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit — zu suchen, weil sonst das wichtige Moment der Kon=

trolle entfallen würde. Nicht eingeschlossen sind daher bloße Wegweiser, die Führer requirierter Gespanne, Berichterstatter von Zeitungen usw.

§ 16. Abs. 1. Lehmann a. a. O. 128 ff.: Die Nationalität des Fahrzeugs ist völlig gleichgültig. Die Vorschrift trägt in dieser Beziehung einen ganz internationalen Charakter (131).

Der Ausdruck „während der Fahrt" ist mit „während der Reise" gleichzusetzen. Es macht daher keinen Unterschied, ob das Schiff sich zur Zeit, als der Unfall eintrat, in Bewegung befunden hat oder ob es z. B. auf einer offenen Reede vor Anker lag. Auch das Wort „untergegangen" ist nicht streng wörtlich zu verstehen, sondern gleichbedeutend mit „verunglückt, verloren, gescheitert" (129). Es kommt nicht weiter auf die ausschließliche oder vorzugsweise Bestimmung des Fahrzeugs für die Seefahrt an, wenn es, obgleich hierzu nicht tauglich, auf einer Seefahrt untergegangen ist. Als ein Fahrzeug im Sinne des § 16 kann eventuell auch ein Floß, auf dem sich z. B. Schiffbrüchige zu retten versuchen, in Betracht kommen (129).

§ 17. Lehmann a. a. O. 131 ff.: Die Vorschrift des § 17 ist geeignet, die §§ 15, 16 zu ergänzen, es kann daher möglicherweise in Fällen, wo die Anwendung der §§ 15, 16 zweifelhaft oder unzulässig ist, eine Todeserklärung früher nach § 17 als nach jenen Bestimmungen erwirkt werden (132) — das Wort „Ereignisse" beschränkt sich keineswegs auf elementare Ereignisse im engeren Sinne, sondern betrifft ebensowohl Vorgänge anderer Art, als Straßenkämpfe bei Volkserhebungen, Panik bei großen Festlichkeiten usw. Das Ereignis muß jedoch eine außerhalb der Person des Verschollenen eingetretene Tatsache sein. Die Bestimmung des § 17 ist nicht auf Ereignisse im Inlande beschränkt (132),

§ 18. 1. Einfluß der Todeserklärung auf die Ehe: a. Boschan, Erbschein u. Recht d. Erbfolge 131: Die Todeserklärung begründet nach Abs. 1. § 18 nur die Vermutung des Todes, die bisherige Ehe wird erst dadurch, daß die Frau eine neue Ehe eingeht, aufgelöst (§ 1348 Abs. 2). Ist ein Ehemann daher durch Ausschlußurteil für tot erklärt und wird nach dem im Urteile festgestellten Zeitpunkte des Todes (§ 970 Abs. 2 CPO) von seiner Frau, ohne daß sie eine neue Ehe eingegangen ist, ein Kind geboren, so gilt dieses gleichwohl als das eheliche ihres verschollenen Mannes. Erst wenn durch eine Sterbeurkunde des Mannes dessen Tod nachgewiesen wird, ist festzustellen, ob das Kind, weil erst später als 302 Tage nach seinem Tode geboren, ohne weiteres als unehelich zu gelten hat, oder ob, wenn es früher geboren ist, seine Unehelichkeit deshalb geltend gemacht werden kann, weil der Mann gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben. Vgl. auch Boschan, DJZ. **03** 77.

b. Auf demselben Standpunkte steht das Kammergericht (OLG. **6** 153 ff.). Trotz der Todeserklärung besteht die frühere Ehe des Verschollenen bis zur Schließung einer neuen Ehe fort, denn die Wirkungen der Todeserklärung werden durch den § 1348 geregelt; der Wortlaut dieser Vorschrift aber sowie seine Entstehungsgeschichte stellt außer Zweifel, daß hier von dem Grundsatze des § 18 abgewichen und aus Zweckmäßigkeitsgründen eine besondere Bestimmung gegeben ist.

Der Einsender dieser Entscheidung wendet sich a. a. O. 154 Note 2 bereits hiergegen, weil § 1348 keine Ausnahme von § 18 sei, vielmehr nur einen Fall im Auge habe, wo der Verschollene noch lebt, § 18 also nicht anwendbar sei.

c. Gegen Boschan wendet sich Neubecker, DJZ. **03** 101: Die Todeserklärung bewirkt nach § 18 „nur" die bekannte „Vermutung"; nicht nach § 1348 die Auflösung der Ehe. Soll aber neben dieser „Vermutung" die andere „Vermutung" des § 1591 noch einen Sinn haben? Das hieße vermuten, ein Toter habe beigewohnt.

d. Gegen die Ansicht des Kammergerichts, daß die Wirkungen der Todeserklärung hinsichtlich des Bestandes der Ehe durch § 1348 geregelt seien, führt Olshausen, DJZ. **03** 149 aus: § 1348 soll nur die Frage entscheiden, welchen Einfluß auf die Gültigkeit der neuen Ehe der Umstand hat, daß der Verschollene im Augenblicke der Schließung der neuen Ehe des Zurückgebliebenen noch lebt. Nur die Anwendbarkeit des § 1326 wollte man für diesen Fall ausschließen. Keine Regelung aber treffen die §§ 1348 ff. für die Fälle, in denen der Zurückgebliebene nicht wieder heiratet, und für die, in denen das Leben des Verschollenen zur Zeit der Wiederverheiratung nicht erwiesen ist. Hier greift die Vermutung des § 18 Abs. 1 in vollem Umfange Platz. Die Ehe gilt deshalb, wenn eine Wiederverheiratung nicht stattfindet, durch den vermuteten Tod des Verschollenen als aufgelöst, solange nicht die gesetzliche Vermutung durch den Gegenbeweis entkräftet wird. Wird dieser Gegenbeweis erbracht, so lebt allerdings die alte Ehe weiter fort, da nur im Falle der Wiederverheiratung die Auflösung eine endgültige ist.

e. Ebenso auch Mannherz, Einfluß der Todeserklärung auf d. Bestand d. Ehe, RheinA. **99** 3. Abt. 1—15. Das Verhältnis des § 1348 zu § 18 ist folgendes:

α. Solange keine bestimmte Kunde von dem Leben oder Tode des Verschollenen vorliegt, gilt die Vermutung des § 18 auch hinsichtlich des Bestandes der Ehe; dieselbe gilt auf Grund der Todeserklärung durch den Tod des Verschollenen als aufgelöst. Der § 1348 hat hier nur die eventuelle Bedeutung, daß, wenn der Verschollene noch leben sollte, durch die neue Eheschließung die frühere Ehe jedenfalls und spätestens aufgelöst wird. Daß sie aber bis dahin fortbestanden habe, ist aus ihm nicht zu folgern.

β. Ist aber festgestellt, daß der Verschollene noch lebt, so liegt der eigentliche Fall des § 1348 vor; dann ist die Vermutung des § 18 widerlegt, das Todeserklärungsurteil verliert seine Beweiskraft, und die frühere Ehe hat fortbestanden, bis sie durch die neue Eheschließung aufgelöst wurde.

f. Derselben Ansicht neuestens noch Fuchs, Gruchots Beitr. **47** 753: § 1348 enthält keine Ausnahme von der Regel des § 18 Abs. 1, sie greift in das durch die letztere Vorschrift geordnete Gebiet, nämlich in die Rechtsgestaltung für den Zeitraum, während dessen die wirkliche Sachlage nicht feststeht, gar nicht ein. § 1348 Abs. 2 Satz 1 sagt nicht, daß die frühere Ehe bis zur neuen Eheschließung trotz der Todeserklärung des einen Ehegatten und des dabei festgestellten früheren Todestags fortbestehe, so daß eine frühere Auflösung der Ehe nur nach § 1309, also bei dem Nachweise des wirklichen Todestags, vorgenommen werden könne. Vielmehr ist es ungewiß, ob die Ehe nach der Todeserklärung des einen Ehegatten noch fortbesteht, es wird aber die Auflösung als mit dem Zeitpunkte, der in der Todeserklärung als Todestag festgestellt ist, eingetreten vermutet. Die von der Ehefrau des für tot erklärten Mannes nach der Todeserklärung geborenen Kinder sind nicht ehelich, denn sie können nicht während der Ehe empfangen sein (§ 1591). Dies folgt aus der Dauer der Verschollenheitsfristen (§§ 14—17).

2) OLG. **5** 473 (Stuttgart): Die Bestimmung des Todestags hat auch dann nach BGB. zu erfolgen, wenn hiernach der Todestag in die Zeit vor 1. 1. 00 fällt.

§ 19. 1. Lehmann a. a. O. 153 ff.: Die nach § 19 eintretende Rechtslage hat nur provisorische Geltung: „solange nicht die Todeserklärung erfolgt ist". Da der Zeitpunkt, auf den sich die Lebensvermutung bezieht, „als Ergebnis des Aufgebotverfahrens und der angestellten Ermittelungen", erst durch die Todeserklärung endgültig festgestellt wird, ist die Grundlage der Lebensvermutung des § 19 naturgemäß — und zwar besonders in den Fällen des § 14

— recht unsicher und in hohem Grade der Gefahr späterer Veränderung des Zeitpunkts, in dem sie endigt, ausgesetzt.

2. OLG. 6 305 (BayrObLG.): Die Lebensvermutung des § 19 hat nicht die Bedeutung, daß auf sie die Feststellung gegründet werden kann, der Verschollene habe eine fremde Staatsangehörigkeit erworben, oder daß der Mangel einer Nachricht über ihn als ununterbrochener Aufenthalt im Ausland im Sinne des § 21 des Ges. vom 1. Juni 1870 gilt.

§ 20. Lehmann a. a. O. 154: Der Ausdruck: „gemeinsame Gefahr" ist umfassender und unzweideutiger als der früher teilweise gebrauchte Ausdruck „gleiche Gefahr" (vgl. hierüber auch Böckel, IDR. 1 zu § 20).

Die Vermutung des § 20 ist geeignet, besonders in Verbindung mit den nach §§ 16 und 17 erfolgenden Todeserklärungen zur Anwendung zu gelangen.

Zweiter Titel.
Juristische Personen.

Vorbemerkung: Die Lehre von den juristischen Personen hat im Berichtsjahre eine besonders bemerkenswerte Weiterbildung weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung erfahren, obwohl von den für die Praxis so bedeutungsvollen Vorschriften des BGB. noch manche der Klärung und einer die praktischen Bedürfnisse befriedigenden höchstrichterlichen Auslegung bedarf. Es gewinnt aber den Anschein, als ob in den weitaus meisten Fällen die Entscheidungen der Registerrichter den Wünschen der Beteiligten entsprechen, so daß die höheren Instanzen verhältnismäßig selten angegangen werden. So ist die wichtige Frage, was unter einem Vereine zu verstehen sei, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 21, vgl. IDR. 1 20 Ziff. 2, 22 Ziff. 4), zur Entscheidung der höchsten Instanz nicht gelangt (s. §§ 21, 22 Ziff. 2). Darüber ob der Vorstand des Vereins als Organ oder als Vertreter anzusehen ist, wird in der Literatur lebhaft weiter gestritten (s. § 26 Ziff. 2); eine praktische Bedeutung dieser Kontroverse für das BGB. ist gegenüber der Vorschrift des § 26 Abs. 2 Satz 1 bisher nicht zu Tage getreten. Für die Frage, ob bei einem mehrgliedrigen Vorstande die Vertretung nach außen wirksam einzelnen Vorstandsmitgliedern unter Ausschließung der übrigen von der Vertretung übertragen werden kann, sind die zu § 26 Ziff. 3b angeführte Entscheidung und die Ausführung von Levis (Ziff. 3c) von Interesse. Eine höchstrichterliche Entscheidung ist auch hier noch nicht erfolgt. — Sehr zahlreich sind die Urteile des RG. über § 31, insbesondere darüber, wer als „anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter" im Sinne des § 31 anzusehen ist. (S. § 31 Ziff. 4 und § 89 Ziff. 5.) Die Entscheidung § 31 Ziff. 4a legt in scharfer Weise die Grundsätze klar, nach denen die Grenze zwischen der Haftung der juristischen Person für ihre Vertreter nach § 31 und nach § 831 zu ziehen ist. Daß die Ausschließung eines Mitglieds der sachlichen Nachprüfung der Gerichte entzogen ist, hat das RG. in dem Urteile § 39 Ziff. 1 wiederholt ausgesprochen.

Bezüglich des Eintragungs-Verfahrens ist die Entscheidung des KG. § 60 Ziff. 1 hervorzuheben, nach der für die weitere Beschwerde gegen den zurückweisenden Beschluß für ganz Preußen (unbeschadet der Zuständigkeit des RG.) das KG. zuständig ist. — Das Verständnis des Begriffs der politischen und sozialpolitischen Zwecke im Sinne der §§ 43, 61 ist durch einige Entscheidungen des PrOVG. und des KG. wesentlich gefördert (§§ 61 Ziff. 1 a—c). Wichtig für die Praxis ist der Beschluß des KG. (s. z. § 77, nach dem die Anmeldung durch Bevollmächtigte erfolgen kann.

Die Frage, ob ein Beamter bei einer Schadenszufügung in Ansehung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt (EG. Art. 77) oder in Ausübung seiner privatrechtlichen Vertretungsmacht (§§ 89, 31) gehandelt hat, ist in zahlreichen Einzelfällen beantwortet (§ 89 Ziff. 5c ff.). Darüber, inwieweit im ersteren Falle der Staat für das Versehen der Beamten haftet s. § 89 Ziff. 4 und 5b.

Aus der Literatur sei besonders auf die Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht von Leist hingewiesen, die sich ins besondere auch auf die Handelsgesellschaften, die G. m. b. H. und die Genossenschaften erstrecken und rechtlich und wirtschaftlich von Interesse und von Bedeutung sind.

Literatur: Hafter, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. Berlin 1903. — Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht. Jena 1904. — Westmann, Die Rechtsstellung des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins. Breslau 1903.

1. Hafter 44: Die Personenverbände haben wirkliches Leben, sie bedeuten nicht nur eine Fiktion in dem Sinne, daß irgend ein Gesamtname nachträglich erfunden wurde, um eine Summe von Individuen znsammenfassend zu bezeichnen. Sie haben einen Sonderwillen, der sich abhebt von den ihn bildenden Einzelwillen.

47: Ein Personenverband ist kein Wesen aus Fleisch und Blut, aber er bildet trotzdem eine in sich geschlossene wirkliche Einheit dadurch, daß eine Anzahl Menschen einen Teil ihres Individualwillens gleichsam ablösen und einheitlich aufgehen lassen in einem außerhalb ihrer Individualsphäre liegenden Betätigungskreise.

2. Hafter 57: Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen erschöpft sich nicht in der Vermögensfähigkeit, sie umfaßt vielmehr alle Rechte, die nicht wie die Rechte aus der Geburt, die Eherechte usw. nur dem einzelnen Menschen zustehen können; namentlich sind die Verbandspersonen auch öffentlicher Rechte fähig. Vgl. IDR. **1** 19 Ziff. 5.

3. a) Hafter 65: Jeder Personenverband, der durch die Organisation der in ihm vereinigten Willen derart in das soziale Leben eingreift, daß in seinen Handlungen ein von den Individualwillen der einzelnen Mitglieder sich abhebender Sonderwille zum Ausdrucke kommt, ist willens- und handlungsfähig und daher grundsätzlich auch deliktsfähig. Juristische Persönlichkeit ist begrifflich nicht notwendig. Vgl. aber für das BGB. unten zu § 31 Ziff. 1.

b) Westmann 9 bejaht die Frage nach der Willensfähigkeit der juristischen Personen. Wirtschaftlich betrachtet habe die juristische Person einen eigenen Willen, folglich habe sie ihn auch rechtlich trotz der Forderung eines gesetzlichen Vertreters. Vgl. auch unten zu § 26 Ziff. 2a.

4. Über Sammelvermögen (IDR. **1**. 19 Ziff. 4) vgl. Kiepert, Die Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken nach dem BGB. (Hannover 1903) und des Näheren unten zu § 1914. S. auch zu § 54 Ziff. 2.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 21, 22. 1. a) Eccius, Gruchots Beitr. **46** 692 ff. führt (gegen Gierke und Meurer) aus, daß die Gründung eines nicht rechtsfähigen — also auch des rechtsfähigen — Vereins sich nicht als Abschluß eines Gesellschaftsvertrags darstellt. § 54 Satz 1 finde auf bestehende Vereine Anwendung, er regele aber nicht, wie der Verein entstehe.

b) Boxberger, Die rechtlichen Folgen der Beteiligung Minderjähriger an Vereinen des bürgerlichen Rechtes (Berlin 1903), untersucht die rechtlichen Folgen der Minderjährigkeit eines Mitglieds bei der Vereinsgründung (30 ff., 59 ff.) sowie die Folgen der Minderjährigkeit von Vereinsmitgliedern für nicht rechtsfähige (35 ff.) und rechtsfähige Vereine (62 ff.). Vgl hierzu auch Eccius, Gruchots Beitr. **46** 692 ff.

2. Vgl. IDR. **1** 20 Ziff. 2 und 22 Ziff. 4.

a) Die Eintragung kann auch ein Verein erlangen, der neben einem

idealen Hauptzweck ein wirtschaftliches Geschäft betreibt, um sich hierdurch die zur Erreichung jenes Zweckes erforderlichen Mittel zu verschaffen. LG. Landsberg a/W., ZBlFrG. **3** 247.

b) Ist der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb eines Vereins nur Mittel zum Zwecke, nicht Selbstzweck, werden den Mitgliedern des Vereins selbst wirtschaftliche Vorteile nicht verschafft, sondern sollen die erlangten Ergebnisse des Wirtschaftsbetriebs dritten Personen aus wohltätiger und gemeinnütziger Absicht zugewandt werden, so ist die Eintragungsfähigkeit des Vereins gegeben. Hiernach kann ein Verein eingetragen werden, der bedeutende Geldmittel zum Ankauf von Grund und Boden ansammelt, auf dem minderbemittelte Leute, die ihr Leben und ihre wirtschaftlichen Verhältnisse nach den sozialen Ideen des Vereins einzurichten gewillt sind, angesiedelt werden sollen. LG. Darmstadt, HessRsp. **3** 132. ZBlFrG. **3** 508.

c) Unter § 21 fallen auch solche Vereine, die zwar den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben ihrer Mitglieder zu dienen bestimmt sind, deren Zweck aber nicht auf einen eigenen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. LG. Naumburg, ZBlFrG. **3** 242, vgl. auch 299.

3. Eccius, Gruchots Beitr. **46** 693 vertritt gegen Meurer (vgl. JDR. **1** 1 S. 23 Ziff. 5) die Ansicht, daß die Eintragung in das Vereinsregister und ebenso die staatliche Verleihung konstitutive Kraft haben. Eine andere Behörde als die Beschwerdeinstanz über das eintragende Amtsgericht hat keine Macht, die Wirksamkeit der Eintragung, also die Begründung der Rechtssubjektivität des Vereins in Frage zu stellen. Ebensowenig gibt es eine Möglichkeit, eine staatliche Verleihung zu annullieren, weil sie nicht hätte gewährt werden sollen. Die Prüfung des Vorhandenseins der Voraussetzungen ist der Justiz entzogen. Vgl. dagegen JDR. **1** a. a. O. und LG. Insterburg, PosMschr. **02** 87; ZBlFrG. **3** 129.

4. Preuß. MinBl. f. d. inn. Verwalt. **03** 249: Die Verleihung von Korporationsrechten, „soweit solche zur Erwerbung von Grundstücken und Kapitalien erforderlich sind" (vgl. § 13 II. 6 ALR.), bedeutet die Verleihung der unbeschränkten Korporationsrechte. Verf. des preuß. Min. d. Innern v. 30. 12. 03.

§ 24. PrOVG. **41** 167: Eine juristische Person hat einen Sitz, aber keinen Wohnsitz.

§ 26. 1. KGJ. **25** A 45: Ob das Wort Vorstand in den Satzungen oder der Stiftungsurkunde vorkommt, ist unerheblich. Es kommt nur darauf an, ob einer Person oder mehreren Personen der Kreis von Befugnissen und Pflichten übertragen ist, welche der Stellung und Tätigkeit des Vorstandes im Sinne des BGB. entsprechen.

2. Vgl. JDR. **1** § 26 Ziff. 1 und 2.

a) Hafter 50ff.: Die Organe eines Personenverbandes, d. h. die in seinem Namen handelnden Personen, im weitesten Umfange seine Glieder, sind Menschen, selbständige Willenssubjekte, die ihre Willensbetätigung verteilen auf ihre Individualsphäre und die Sphäre derjenigen Personenverbände, denen sie angehören.

Ein Personenverband hat die Fähigkeit, durch seine Organe zu wollen und zu handeln. Er besitzt auch die Fähigkeit zu einem deliktischen Handeln (54). Vgl. oben vor §§ 21, 22 Ziff. 3.

b) Westmann 13: Der Vorstand ist Willensorgan, nicht Stellvertreter. Nicht der Vorstand, sondern der Verein ist der Handelnde.

c) Westmann 15ff.: Der Vorstand ist der gesetzliche Vertreter nach § 51 ZPO. §§ 102, 473 ZPO. finden auf ihn Anwendung. Ebenso § 166 Abs. 2 BGB.

d) de Claparède, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge (Genf 1903) 142 ff.: Der Vorstand ist Organ, nicht Vertreter. Die Willensbetätigung des Vorstandes ist Willenserklärung der juristischen Person. Die Organe sind lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen gleichsam nur eine Konzentration der Gesamtheit der Glieder, welche die juristische Person bilden, kein von dieser Gesamtheit verschiedenes Rechtssubjekt. Durch die Tätigkeit der Organe wird die juristische Person selbst tätig. Auf demselben Standpunkt steht der Entwurf des Schweizer CGB. (§§ 74, 75, Motive S. 57 f., 75 ff.).

3. Vgl. JDR. **1** § 26 Ziff. 3.

a) Westmann 36: Der aus mehreren Personen bestehende Vorstand vertritt den Verein nach Mehrheitsprinzip. Der Vorstand kann sich Dritten gegenüber eines Vertreters oder Gehilfen bedienen. Ist der Beschluß des Vorstandes rechtmäßig zustande gekommen (§§ 28 Abs. 1), dann genügt jede tatsächliche Übermittelung dieser Erklärung an den Dritten, um für den Verein rechtsverbindlich zu sein (?!).

b) Eine Bestimmung der Satzung, nach welcher der Vorstand die Geschäfte zu führen, der Vorsitzende allein den Verein nach innen und außen, insbesondere auch vor Gericht, zu vertreten hat, läuft den Bestimmungen des BGB. nicht zuwider. Gemeint ist damit, daß dem Vorstande die Vertretungsbefugnis, dem Vorsitzenden aber nur die Ausübung der Vertretungsbefugnis zustehen soll. Der Vorsitzende soll den Vorstand, nicht den Verein vertreten. Eine solche Bestimmung erscheint für die ungehinderte Abwickelung der Geschäfte geradezu erforderlich. LG. Kassel, ZBlFrG. **3** 242 ff.

c) Levis, Zum Begriffe „Vereinsvorstand", ZBlFrG. **4** 608: Wenn ein mehrköpfiger Vorstand als Vertreter des Vereins bezeichnet wird, so ist damit noch nichts über die Art und Weise bestimmt, wie die Vorstandsmitglieder an der Betätigung der Vertretungsmacht teilnehmen. Aus den §§ 28 Abs. 2, 59 Abs. 1, 77 ergibt sich, daß mit dem Grundsatze des § 26 Abs. 2 die Art der Vertretungsausübung durch den Vorstand nicht geregelt ist. Jede irgend denkbare Ausübungsart ist zulässig, also auch die Berufung einzelner bestimmter Vorstandsmitglieder zur Betätigung der dem Vorstande zukommenden Vertretungsmacht. Überdies ist es nach § 26 Abs. 2 Satz 2 zulässig, die gesamte Vertretungsbefugnis einem anderen Vereinsorgan als dem Vorstande zu übertragen. Bestimmt also ein Statut, daß nur der Vorsitzende den Verein nach außen vertreten dürfe, so ist dies dahin auszulegen, daß der Vorsitzende eine doppelte Organstellung einnimmt. Einmal ist er Mitglied des Vorstandes, sodann ist er selbständiges, mit der Vertretung betrautes Organ.

§ 27. Westmann 18: Auf die Niederlegung des Amtes als Vorstand findet § 671 analoge Anwendung.

§ 31. 1. Hafter 39: Aus § 31 und der konsequenten Durchführung des Vertreterbegriffs folgt für das BGB., daß selbständiges Handeln, also auch selbständige Deliktsbegehung ausgeschlossen ist.

124: § 31 ist ein Fall der Haftpflicht für fremde Schuld; das BGB. kennt kein Körperschaftsdelikt, auch nicht als Ausnahme. Vgl. hierzu JDR. **1** § 31 Ziff. 1 und 2.

2. **RG.** JW. **03** Beil. 65 Nr. 151: Ein anderes „eigenes" Verschulden einer juristischen Person als aus der Person eines Vertreters nach Maßgabe der §§ 31, 89 Abs. 1 gibt es nicht.

3. **RG.** DJZ. **03** 223 Nr. 41, JW. **03** Beil. 39 Nr. 81, vgl. auch JW. **03** Beil. 93 Nr. 213: Eine Aktiengesellschaft ist ein Verein im Sinne des § 31, sie haftet danach für unerlaubte Handlungen ihres Vorstandes. Vgl. JDR. **11** S. 20 Ziff. 6. Dasselbe gilt für eine G. m. b. H. **RG.** JW. **04** 167 Nr. 5.

4. Vgl. JDR. **1** 1 S. 29 Ziff. 3.

a) **RG. 53** 279: Die „besonderen Vertreter" des § 30 sind die „anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreter" des § 31. Das rechtliche Merkmal, das diese Personen von den sonstigen Angestellten unterscheidet, für welche die juristische Person nicht nach § 31, sondern nur nach § 831 haftet, ist ihre Berufung zur Tätigkeit innerhalb eines Geschäftsbereichs durch die Satzung, bei dem Staate und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften durch die ihre Verwaltungsorganisation regelnden Bestimmungen. Diejenigen Beamten und Angestellten, die nicht auf diese Weise berufen sind, sondern ihren dienstlichen Auftrag wiederum auf diese berufenen Personen zurückführen, sind nicht Vertreter der Körperschaft nach § 31; sie sind zu Verrichtungen im Sinne des § 831 bestellt, mögen diese Verrichtungen mehr oder weniger oder gar nicht selbständig sein, mögen sie den Charakter rechtsgeschäftlicher Vertretung tragen oder nicht und mögen sie aus einzelnen oder einer Mehrheit von Verrichtungen, zeitlich vorübergehenden oder dauernden, bestehen.

b) **RG.** JW. **03** Beil. 93 Nr. 213: Der Wagenführer einer Straßenbahngesellschaft ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter.

5. **RG.** JW. **03** Beil. 39 Nr. 81: Unter Handlung ist auch die Unterlassung einer Handlung zu verstehen, die pflichtmäßig vorzunehmen war.

6. **RG.** JW. **04** 167 Nr. 5: Der Begriff der Verrichtungen umfaßt nicht nur die Handlungen, die in Ausübung der Vertretungsmacht vorgenommen sind, sondern auch die den Vorstandsmitgliedern als solchen obliegenden rein tatsächlichen Verrichtungen. Auch bei Kollektivvertretungen haftet die juristische Person nicht nur, wenn ein gemeinsames Handeln aller Vertreter vorliegt, sondern auch für tatsächliche Verrichtungen der einzelnen, z. B. für einen bei den Vorverhandlungen über den Abschluß eines Rechtsgeschäft nur von einem Vertreter verübten Betrug. Vgl. JDR. **1** § 31 Ziff. 3 d.

7. **RG.** JW. **04** 88 Nr. 5: Der Bezeichnung derjenigen Personen, welche die zum Schadensersatze verpflichtende Handlung begangen haben, bedarf es nicht, sofern der festgestellte Sachverhalt die Annahme begründet, daß der Schaden durch Handlungen oder Unterlassungen von verfassungsmäßig berufenen Vertretern der in Anspruch genommenen juristischen Person zugefügt sein muß.

8. Westmann 23: Vorstand und Verein haften aus einer unerlaubten Handlung als Gesamtschuldner.

9. **RG. 54** 128 ff.: Durch die handelsrechtlichen Vorschriften wird die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des BGB. (§§ 31, 823) ausgeschlossen. Hieraus ergibt sich, daß der einzelne Aktionär den Schaden, welcher ihm durch seine Beteiligung an der Gesellschaft infolge schuldhaften Verhaltens der Vorstandsmitglieder erwächst, niemals von der Gesellschaft selbst ersetzt verlangen kann. Es bleibt ihm nur übrig, seine Rechte nach den §§ 250, 254 ff., 266 ff., 268 ff., 271 ff. HGB. zu verfolgen oder die Mitglieder der Gesellschaftsorgane in Anspruch zu nehmen, falls ein Anspruch hierfür besteht.

10. Über § 31 f. auch unten zu § 89 Ziff. 5.

§ 32. Vergleiche hierzu Tecklenburg, Abstimmung und Ausschlag, A.bürgR. **23** 360 ff.: Wo das Gesetz nur sagt, die Mehrheit der Stimmen solle entscheiden, ist bei Stimmengleichheit keine Entscheidung getroffen (368). Der Antrag ist nicht abgelehnt, vielmehr ist die Abstimmung unentschieden geblieben (370, 395). Vgl. Makower, Anm. 1 a zu § 251 HGB., Lehmann-Ring, Anm. 1 zu § 251 HGB.

Abs. 1 Satz 3 gilt auch für Wahlen. Sind hierbei mehr als zwei Alternativen vorhanden, so sind die mit niedrigster Stimmenzahl allmählich wegzulassen (393 ff.).

§ 35. 1. OLG. Dresden, ZBlFrG. 3 254, SächsOLG. 23 466: Die Mitgliederbeiträge dürfen nur in der Weise erhöht werden, daß die Erhöhung alle Mitglieder in gleichem Verhältnisse trifft.

2. Leist 36 ff.: Ein Sonderrecht auf „Achtung der verbandsfreien Sphäre" (Gierke, Gen.-Th. 296) ist im BGB. nicht anerkannt. Die Auferlegung neuer Verpflichtungen zur Erreichung des ursprünglichen oder des durch die Satzungsänderung umgewandelten Vereinszwecks ist möglich.

3. Leist 90 ff.: Der Verein kann seinen Mitgliedern bestimmte Bezüge derart zusichern, daß die einzelnen Mitglieder Ansprüche gegen den Verein vor den ordentlichen Gerichten geltend machen können. Er kann aber auch seine Leistungen an die Mitglieder von dem freien Ermessen der Mehrheit oder des Vorstandes oder eines Ausschusses abhängig machen. Es ist auch möglich, daß der Verein seinen Mitgliedern zwar bestimmte Leistungen zusagt, seinen Organen aber die Freiheit wahrt, Mitgliedern, die den Anforderungen des Vereins nicht entsprechen oder sich sonst mißliebig machen, die Leistungen zu verweigern (92).

4. Leist 124: Ein Sonderrecht auf die Fortdauer der Mitgliedschaft, soweit nicht die Ausschließung durch Gesetz oder Statut gestattet ist (vgl. unten zu § 39), besteht nicht.

§ 38. Leist 42 ff.: Verträge, welche ein Verein mit seinen Mitgliedern des Inhalts schließt, daß sie verpflichtet sind, ihnen zukünftig zufallende Erbschaften oder sonstwie zukommende Vermögen an die Vereinigung oder Dritte zu übertragen, sind nach den §§ 310, 312 nichtig.

§ 39. 1. RG. JW. 03 Beil. 3: Bezüglich der Frage der richterlichen Nachprüfung der Ausschließung eines Mitglieds erhält das RG. seine früher ausgesprochene Ansicht aufrecht (JDR. 1 § 39 Ziff. 1). Dabei wird ausgeführt, daß auch über die Frage, ob die dem Mitglied als Grund der Ausschließung angegebene Überzeugung des Vorstandes tatsächlich beim Vorstande bestanden hat, im gerichtlichen Verfahren eine Entscheidung nicht getroffen werden darf. Vgl. auch JW. 03 Beil. 40 Nr. 83.

2. Leist 116 ff.: Die Satzung kann Ausschließungsgründe festsetzen. Sie kann aber auch bestimmen, daß die Ausschließung nach freiem Ermessen der zuständigen Organe erfolgen kann.

120 ff.: Ist die Ausschließung von dem zuständigen Organe verfügt und sind die in der Satzung enthaltenen Vorschriften über das bei der Ausschließung zu beobachtende Verfahren nicht verletzt, so ist der Rechtsweg nicht zugänglich. Vgl. JDR. 1 § 39 Ziff. 1 und 2.

§ 43. Vgl. zu § 61.

§ 45. 1. KGJ. 25 A 130 ff., OLG. 5 378 (KG.): Die Anfallberechtigten erlangen nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verein auf Aushändigung des Vermögens, eine Gesamtnachfolge, wie beim Erbfalle, findet nicht statt. Zur Übertragung von Grundeigentum ist Auflassung erforderlich. Vgl. auch OLG. 6 115 (KG.) und dagegen JDR. 1 § 47.

2. Leist 157: Ein zu Zwecken des allgemeinen Wohles gesammeltes Vermögen kann durch eine zur Satzungsänderung genügende Mehrheit zur Verteilung unter die Mitglieder bestimmt, andererseits ein lediglich den Interessen der Mitglieder dienendes Vermögen vor der Auflösung einem von der Mehrheit gebildeten neuen Verein oder einem Vereine, dem die Mehrheit sich anschließt, zugewiesen werden.

§ 48. OLG. 6 344 (KG.): Das Beschwerderecht gegen die gerichtsseitige Bestellung von Liquidatoren eines aufgelösten Vereins (§§ 48 Abs. 1, 29) steht nicht den einzelnen Mitgliedern, sondern den verfassungsmäßig berufenen Organen des Vereins zu.

§ 54. 1. Nach Eccius, Gruchots Beitr. **46** 692 ff., findet § 54 Satz 1 auf bestehende nicht rechtsfähige oder noch nicht rechtsfähige Vereine Anwendung, aber er regelt nicht, wie der Verein entsteht. Die Gründung eines Vereins enthält nicht den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags.

2. Kiepert, Die Sammlung zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken nach dem BGB. (Hannover 1903) 49: Das Komitee eines Sammelunternehmens bildet einen nicht rechtsfähigen Verein, sobald es korporativ organisiert ist.

3. Leist 34: Die Majorität ist berechtigt, das Statut eines nicht rechtsfähigen Vereins abzuändern.

4. Leist 38: Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins lediglich auf Grund der Zweckbestimmung des Statuts zu allen Beiträgen herangezogen werden, die der Vereinszweck erforderlich macht.

5. Ein Muster der Satzungen eines nicht rechtsfähigen Vereins (bearbeitet von Paltzer) giebt die RheinNotZ. **48** 173 ff.

6. **RG. 54** 298, JW. **03** Beil. 73 Nr. 169: Die Satzung kann festsetzen, daß zum Vereinsvermögen auch schon die Ansprüche auf die Beiträge gehören. Vgl. Goldmann-Lilienthal I 734 Anm. 29.

7. a) PrOVG. **42** 389: Wenn ein nicht rechtsfähiger Verein im Verwaltungsstreitverfahren klagt, so haben die Parteirolle als Kläger nicht der Verein, sondern diejenigen Vereinsmitglieder, welche nach der zu den Akten gelangten Vollmachtsurkunde den Auftrag zur Erhebung der Klage erteilt haben. Vgl. JDR. **1** § 62 Ziff. 1.

b) OLG. Frankfurt, R. **03** 158 (839): Die aktive Parteifähigkeit, die zur Zeit der Klagerhebung nach dem damals geltenden Rechte begründet war, erlischt nicht dadurch, daß der Verein nach den Vorschriften des BGB. zu den nicht rechtsfähigen Vereinen gehört. Vgl. JDR. **1** § 54 Ziff. 10a.

8. a) Leist 129: Aus dem Prinzipe der Vereinsautonomie folgt, daß durch die Satzung die Ausschließung eines Mitglieds auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes (§§ 737, 723 Abs. 1 Satz 2) zugelassen werden kann.

b) Aal, Der Ausschluß aus dem nicht rechtsfähigen Verein des BGB., JW. **03** 394 ff.: Aus einem nicht rechtsfähigen Vereine kann ein Mitglied auch dann ausgeschlossen werden, wenn die Satzung nicht besonders bestimmt, daß der Verein vom Wechsel der Mitglieder unabhängig bestehen bleiben soll. Falls sich der Ausschließungsbeschluß auf die Satzung gründet, ist das Gericht nicht befugt, die materiellen Grundlagen des Beschlusses nachzuprüfen (d. h., wenn die Satzung festbestimmte Ausschließungsgründe normiert). Gründet sich die Ausschließungsbefugnis nur auf das Gesetz (§§ 54 Satz 1, 737, 723 Abs. 1), so ist das Gericht befugt und verpflichtet, die tatsächlichen Grundlagen des Ausschließungsbeschlusses nachzuprüfen. Die Formalien des Beschlusses hat das Gericht in beiden Fällen zu prüfen.

c) Leist 163: Die in den Statuten nicht rechtsfähiger Vereine bisweilen vorhandene Bestimmung, der Austritt aus dem Vereine dürfe nur mit dessen Genehmigung erfolgen, ist nach § 723 Abs. 2 nichtig.

9. Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht 177 ff.: Stellt sich das im Namen des nicht rechtsfähigen Vereins vorgenommene Geschäft als eventuell im gemeinschaftlichen Namen der Vereinsmitglieder vorgenommen dar, und ist der Handelnde von den Vereinsmitgliedern nicht bevollmächtigt gewesen, so hat der Dritte die Wahl zwischen dem Haftungsanspruch aus § 54 und demjenigen aus § 179.

10. Leist 162: Die Vereinbarung, daß das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins im Falle der Auflösung einem Dritten zufallen soll, kann nicht

bewirken, daß mit der Auflösung die bisher gemeinschaftlichen Sachen Eigentum des Dritten werden.

11. RG. Gruchots Beitr. **46** 1104, JW. **02** 427 Nr. 39: Eine erlaubte Privatgesellschaft des früheren preußischen Rechtes (Landwehrverein) ist, solange sie nicht die Rechtsfähigkeit nach § 21 BGB. erworben hat, den Vorschriften des ALR. unterworfen.

2. Eingetragene Vereine.

§ 57. Ein eingetragener Verein kann nicht den Namen „Stiftung ꝛc." führen, da solche Bezeichnung das rechtliche Wesen des Vereins verschleiert. AG. Stuttgart, WürttZFrG. **02** 135.

§ 58. Leist 35: § 58 sagt nicht, daß die Satzung bestimmen soll, welche Beiträge die Mitglieder zu leisten haben, sondern nur, daß die Satzung darüber Bestimmungen erhalten soll. Es genügen daher z. B. folgende Bestimmungen: „Die Mitglieder haben einen jährlichen Beitrag von X Mark an die Vereinskasse zu entrichten; der Beitrag kann durch Beschluß der Mitgliederversammlung erhöht werden, oder: die Mitgliederversammlung kann nach Bedarf außerordentliche Beiträge festsetzen". — „Die von den Mitgliedern zu leistenden Beiträge werden durch Beschluß der Mitgliederversammlung oder des Vorstandes festgesetzt." — „Die Mitglieder haben alle durch den Zweck des Vereins erforderten Beiträge zu leisten." Vgl. JDR. **1** § 58.

§ 59. Nach Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht (Berlin 1903), I 193ff., ist die Anmeldung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine unmaßgebliche Willensäußerung.

§ 60. 1. KGJ. **26** A 3ff., Preuß. JustizmBl. **03** 248ff.: Gegen den zurückweisenden Beschluß findet zwar die sofortige Beschwerde und ebenso die weitere Beschwerde nach den Vorschriften der ZPO. statt (vgl. JDR. **1** § 60 Ziff. 2, 3). Doch findet auf die weitere Beschwerde in Ansehung der Zuständigkeit Reichsges. FrG. § 199 Anwendung. Für ganz Preußen ist, unbeschadet der Zuständigkeit des Reichsgerichts, das KG. zuständig (Preuß. FrGG. Art. 8).

2. Die weitere Beschwerde gegen die die Eintragung ablehnende Entscheidung des Beschwerdegerichts ist ebenfalls eine sofortige. BayrObLG., ZBlFrG. **3** 508.

3. Das RG., JW. **03** Beil. 113 (248), hat seine frühere Entscheidung aufrechterhalten, daß gegen die Zurückweisung der Anmeldung aus materiellen Gründen die sofortige Beschwerde nach der ZPO., nicht nach dem Reichsges. über die freiw. Gerichtsb., gegeben sei (vgl. JDR. **1** § 60 Ziff. 2). Dagegen Simon, PosMschr. **03** 147ff.

4. Vgl. auch unten zu § 62 Ziff. 2.

§ 61. 1. Vgl. JDR. **1** § 61 Ziff. 2—4.

a) PrOVG. **41** 398ff.: α. Nicht alle gemeinnützigen sozialen Bestrebungen, welche die gleiche Richtung haben wie die Bestrebungen des Staates, diese unterstützen oder ergänzen, sind darum sozialpolitischer Natur. Sonst würden heute fast alle gemeinnützigen Unternehmungen sozialpolitischen Charakter haben. Vereine, welche Erziehungs- und Unterrichtszwecke verfolgen, fallen an sich weder unter die sozialpolitischen noch unter die religiösen Vereine, letztere auch nicht, wenn sich die Erziehung auch auf die religiöse Erziehung erstreckt oder der Unterricht auch den Religionsunterricht mit umfaßt.

β. Vereine, die aus Mitgliedern von Orden oder ordensähnlicher Kongregationen der katholischen Kirche bestehen und sich dem Unterricht und der Erziehung der männlichen Jugend widmen, sind nach dem öffentlichen Vereins-

recht in Preußen **unerlaubt** (Ges. v. 31. 5. 1875, vgl. Art. 5 § 1 des Ges. v. 29. 4. 1887).

b) PrOVG. **42** 414 ff.: **Politisch** ist der Zweck einer Einwirkung auf die Gesetzgebung oder auf die Grundsätze der Verwaltung des Staates, und zwar nicht nur einer Einwirkung auf den **allgemeinen** Gang der Gesetzgebung und der staatlichen oder kommunalen Verwaltung. Der Gesetzgeber hat gerade auch Vereine mit **besonderen** politischen Zwecken im Auge gehabt. Daher verfolgt ein Verein, welcher satzungsgemäß der Tierquälerei, insbesondere der **Vivisektion** durch Eingaben an die Regierungen und an die gesetzgebenden Körperschaften entgegentreten will, einen politischen Zweck.

c) Vgl. auch KGJ. **25** C 21, DJZ. **03** 57: **Politische Vereine** sind solche, welche auf den Staat, seine Gesetzgebung, seine Institutionen oder internationalen Beziehungen einwirken wollen. Ein Verein, welcher nur eine bessere Kenntnis der Gesetze unter seinen Mitgliedern verbreiten will, ist ein Bildungsverein, kein politischer (Volksbildungsverein). Ebensowenig macht die „Bekämpfung der sozialpolitischen und anarchistischen Umsturzbestrebungen" einen Verein zum politischen, vorausgesetzt, daß dies nicht durch Einwirkung auf die staatliche Gesetzgebung und Verwaltung geschehen soll.

2. PrOVG. **41** 398 ff.: Die Verwaltungsbehörde braucht bei Erhebung des Einspruchs Gründe nicht anzugeben. Im Verwaltungsstreitverfahren bleibt aber zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Einspruchs nach § 61 Abs. 2 vorliegen.

3. PrOVG., DJZ. **04** 366 (30): Ob der Verein politische, sozialpolitische oder religiöse Zwecke verfolgt, kann vom Verwaltungsrichter nicht nur aus den Statuten, sondern auch aus dem sonstigen Verhalten seiner Organe und Mitglieder ermittelt und festgestellt werden. Hat er einen solchen Zweck schon vor der Anmeldung verfolgt und liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß er die weitere Verfolgung dieses Zweckes aufgegeben habe, so muß dem Verein die Rechtsfähigkeit von vornherein versagt werden.

4. Nach dem Erlasse des Preuß. Kultusministers v. 6. 2. 04 (Ministerialblatt für Medizinal- und medizinische Unterrichtsangelegenheiten **04** 78) sollen die Regierungspräsidenten die Bestimmung des Ministers über die Erhebung des Einspruchs gegen Eintragung von Vereinen oder von Satzungsänderungen nur noch bei kirchlichen Vereinen, sonst nur noch in zweifelhaften Fällen, einholen.

§ 62. 1. Wird Einspruch von der Verwaltungsbehörde erhoben, so kann jedes Mitglied im Verwaltungsstreitverfahren den Einspruch anfechten.

Ob der Eintragung des Vereins von der Verwaltungsbehörde widersprochen werden kann, ist nicht nur nach dem in der Satzung angegebenen Zwecke zu prüfen. Vielmehr ist die Wahrheit zu ermitteln. Braunschweiger VerwGer., BraunschZ. **02** 64.

2. **Westmann** 20: Der Vorstand ist zur sofortigen Beschwerde (§ 60 Abs. 2) und Klage (§ 62 Abs. 2) aktiv legitimiert, obwohl der Verein noch nicht rechtsfähig ist. Einer Mitwirkung sämtlicher Mitglieder bedarf es nicht. Vgl. JDR. **1** § 62 Ziff. 1 und oben zu § 54 Ziff. 6a.

§ 73. Über § 73 Abs. 1 Satz 3 s. oben zu § 60.

§ 77. KGJ. **26** A 234: Die Anmeldungen zum Vereinsregister müssen zwar ohne Rücksicht auf eine etwaige abweichende Bestimmung der Satzung von allen Vorstandsmitgliedern bewirkt werden (vgl. JDR. **1** § 77). Doch ist es nicht nötig, daß sie selbst anmelden, vielmehr kann die Anmeldung auch durch Bevollmächtigte erfolgen. Die Vollmacht bedarf der öffentlichen Beglaubigung.

§ 78. KGJ. **26** A 232 ff.: Das Ordnungsstrafverfahren muß gegen die Mitglieder des Vereinsvorstandes persönlich, nicht gegen den Vorstand als Vereinsorgan gerichtet werden.

II. Stiftungen.

Zu §§ 80 ff. 1. Eine kurze Übersicht über „die Stellung der Stiftungen im heutigen Rechte“ gibt Götze, Preuß. VerwBl. **00** 309 ff.

2. Hafter 70 ff.: Unterlage der Anstalt ist nicht eine Personeneinheit, sondern ein für einen bestimmten Zweck ausgesetztes Vermögen. Wie die Personenverbände haben auch die Anstalten wirkliche Existenz, schon bevor sie als Rechtssubjekt in die Rechtsordnung aufgenommen werden. Aber die sogenannten Stiftungsorgane stellen nicht etwas dar, von dem sie selbst ein Teil sind, sie sind keine Glieder der Stiftung, wie sie Glieder eines Personenverbandes sein können (vgl. oben zu § 26 Ziff. 2 a). Hieraus folgt, daß die Anstalt, weil sie keinen eigenen Willen hat, auch nicht handeln kann.

§ 80. 1. KGJ. **25** A 38 ff.: Für die dem öffentlichen Rechte angehörende Frage der Beaufsichtigung der Familienstiftungen ist auch nach dem 1. 1. 00 im wesentlichen das frühere Recht maßgebend geblieben. Ein neuer Grundsatz, daß alle Familienstiftungen durch die Gerichte beaufsichtigt werden, ist für Preußen durch das AG. z. BGB. nicht aufgestellt. Dagegen ist für die Aufnahme und Genehmigung eines Familienschlusses stets ein Gericht berufen, und zwar auch dann, wenn die Aufsicht nach der Stiftungsurkunde einer anderen Behörde zusteht.

Die Artt. 1 ff. des AG. z. BGB. finden auf alle Familienstiftungen Anwendung, die am 1. 1. 00 in Preußen bestanden, auch auf die, welche bis dahin nicht dem ALR. unterlagen.

2. OLG. **7** 200 (KG.): Bei Familienstiftungen ist die Aufsichtsbehörde nicht berufen, Streitigkeiten über die Vorstandschaft zu entscheiden, wenn ihr diese Entscheidung durch die Stiftungsurkunde nicht ausdrücklich übertragen ist. Die Behörde kann interimistische Anordnungen erlassen. Die endgültige Entscheidung hat durch einen Familienbeschluß oder, soweit es sich um Individualrechte handelt, durch Richterspruch im ordentlichen Rechtswege zu erfolgen.

§ 81. 1. Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit (Berlin 1903) I 142 ff., führt gegen Hellmann (Vorträge über das BGB., allgem. Teil 59 ff. und Iherings J. **42** 418, 433, 448) aus, daß die Errichtung einer Stiftung eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist.

2. **RG. 54** 143: Das schriftliche Stiftungsgeschäft unterliegt dem Schenkungsstempel der Tarifstelle 56 des preußischen Stempelsteuergesetzes vom 31. 7. 1895.

§ 86. Für die Familienstiftung des preußischen Rechtes (Art. 1 § 2 preuß. AG. z. BGB.) muß der Stifter einen Vorstand bestellen. Die Vorschrift des ALR., wonach in Ermangelung besonderer Bestimmung der Familienvorsteher für die Beobachtung der Familienstiftung zu sorgen hat, ist außer Kraft getreten. OLG. **5** 381 (KG.).

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

§ 89. 1. Nach Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht (Berlin 1903) I 91 ff., ist ein öffentlicher Verband ein Verband, bei dem die Mitgliedschaft nicht vom Willen des einzelnen Mitglieds abhängig ist. Dies ist der Fall, sobald auch nur ein einziges Mitglied dem Verband angehören kann, ohne freiwillig beigetreten zu sein. Vgl. JDR. **1** § 89 Ziff. 5—7.

2. Seydel, Der Begriff der öffentlichen Stiftungen und das BGB. (Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, Leipzig 1902) 367 ff.: Das bürgerliche Recht überläßt es ausschließlich dem Staatsrechte, festzustellen, was

eine öffentliche Stiftung sei, so daß eine bürgerliche Stiftung jede ist, die vom öffentlichen Rechte nicht für sich in Anspruch genommen wird (271).

3. Vornkeller, Die Haftung des Staates für Amtshandlungen seiner Beamten. Blätter für bayerisches Finanzwesen 02 97ff.: Die Haftung des Staates aus den §§ 89, 31 ist nicht auf unerlaubte Handlungen im Sinne der §§ 823ff. beschränkt, sondern auch z. B. bei Selbsthilfe infolge einer irrigen Annahme nach § 231, bei einer Notstandshandlung nach § 904 gegeben (98). Beruht die Schädigung ausschließlich auf der Verletzung einer Vertragspflicht, so haftet der Staat für das Verschulden eines Vertreters nach § 278 (99ff.).

4. Durch Art. 60 des bayr. AG. z. BGB. ist die im § 839 dem Beamten auferlegte Verantwortlichkeit für die Fälle der Ausübung der dem Beamten anvertrauten öffentlichen Gewalt auf den Staat übernommen worden. Vgl. hierzu Vornkeller, Blätter für das bayerische Finanzwesen 02 100ff.

5. Aus der Praxis:

a) **RG. 54** 201, **55** 172: Der Reichsfiskus ist den Rechtsregeln unterworfen, welche für das fragliche Rechtsgebiet von der dort geltenden Landesgesetzgebung hinsichtlich des einheimischen (Landes-)Fiskus aufgestellt sind.

b) **RG. 55** 172, JW. **03** Beil. 109 Nr. 242: § 89 in Verbindung mit § 31 bezieht sich nur auf solche Handlungen der Vertreter einer juristischen Person, welche diese in Ausübung ihrer privatrechtlichen Vertretungsmacht begehen, nicht aber auf die Handlungen, welche ein Beamter des Staates, der Gemeinde und anderer Kommunalverbände in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorgenommen hat. Für letzteres Gebiet gilt Landesrecht nach EG. Art. 77. (JW. **02** Beil. 279 Nr. 226, **RG. 52** 369). Im Gebiete des ALR. haftet der Staat nicht für das Versehen seiner Beamten bei Wahrnehmung der ihnen zustehenden obrigkeitlichen Gewalt. Vgl. auch Gruchots Beitr. **47** 440.

Im Gebiete des französischen Rechtes ist dagegen die Haftung des Staates begründet. **RG. 54** 19ff., JW. **03** Beil. 59, **04** 52, 85. Über Bayern s. oben Ziff. 3.

c) **RG. 55** 364: Der Betrieb einer Gasanstalt seitens einer Gemeinde stellt keine Ausübung einer öffentlichen Gewalt dar. Die Gemeindebeamten, welche für den Betrieb einer solchen Anstalt tätig sind, gehören nicht zu den im Art. 77 EG. gemeinten Beamten. Wird aber dem Beamten von der Polizeibehörde innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse zur Wahrung des allgemeinen Wohles eine Überwachung der gewerblichen Anlage übertragen, so fällt die diesbezügliche Tätigkeit des Beamten in den Bereich des Art. 77.

d) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 440ff.: Die Herstellung und der Umtausch von Quittungskarten durch Polizeibeamte beziehen sich nicht auf die Verwaltung und Beaufsichtigung des Staatsvermögens und auch nicht auf sonstige Privatangelegenheiten des Staates als Fiskus. Sie erfolgen vielmehr, um die Vorschriften des im allgemeinen Interesse gegebenen Ges. v. 22. 6 1889 zur Ausführung zu bringen und zu überwachen. Selbständiges Organ der Polizeibehörde sind hierbei in Preußen übrigens die Vorstände der örtlichen Polizeibezirke, nicht die Schutzleute, welche die mechanischen Dienstleistungen ausführen.

e) **RG.** JW. **04** 85 Nr. 1: Der Gerichtssekretär im Konkursverfahren und der Konkursrichter handeln in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt. Die Leitung des Konkursverfahrens wird vom Staate nicht in seiner Eigenschaft als Vermögenssubjekt in Vertretung privatrechtlicher Interessen, sondern als Inhaber der Regierungsgewalt in ihrem der Rechtspflege gewidmeten Zweige ausgeübt.

f) **RG. 52** 372: Um eine lediglich auf privatrechtlichem Gebiete

liegende Streitsache handelt es sich, wenn der Schadensersatzanspruch auf eine der beklagten Gemeinde auf dem Gebiete des **Privatrechts**, namentlich der Vermögensverwaltung zur Last fallende Rechtsverletzung gestützt wird, z. B. als Eigentümerin eines Platzes, eines Weges oder Gewässers. Ist dagegen die Klage auf eine von einem Organe der Staatsverwaltung in Ausübung der dieser Behörde übertragenen polizeilichen Funktionen begangene Versäumnis begründet, so handelt es sich um eine Handlung (Tun oder Unterlassen), die zur Ausübung der öffentlichen Gewalt gehört. Die §§ 31, 89 finden nicht Anwendung.

g) **RG. 53** 280 (Vgl. JDR. **1** § 89 Ziff. 2, 3, 4 aff.): Die Quelle, aus der die Entscheidung zu schöpfen ist, ob ein Angestellter des preußischen Eisenbahnfiskus als ein verfassungsmäßig berufener Vertreter zu erachten ist oder nicht, sind der Allerhöchste Erlaß betreffend Umgestaltung der Eisenbahnbehörden vom 15. 12. 1894 und die auf Grund dieses Erlasses (§ 2) vom Minister der öffentlichen Arbeiten erlassenen Geschäftsanweisungen vom 17. 12. 1894. Danach ist in Ansehung der dem Eisenbahnfiskus als Eigentümer eines Bahnhofsvorplatzes obliegenden Verpflichtung, für die Ausführung der polizeilich vorgeschriebenen Bestreuung bei Winterglätte zu sorgen, der Vorstand der Betriebsinspektion, nicht der Bahnmeister, der andere verfassungsmäßig berufene Vertreter, für dessen Verschulden der Fiskus nach § 31 einzustehen hat. Für den Bahnmeister haftet der Fiskus nur nach § 831. Vgl. zu § 31 Ziff. 4.

Ebenso **RG. 55** 230. Vgl. auch JW. **03** Beil. 65 Nr. 151, BadRspr. **03** 338.

Nach **RG.** JW. **03** Beil. 117 Nr. 260 ist auch der Stationsvorsteher der preußischen Eisenbahnen kein verfassungsmäßig berufener Vertreter.

Über städtische Straßenkontrolleure s. **RG.** JW. **03** Beil. 118, OLG. **5** 376, R. **03** 16.

h) JW. **03** Beil. 132 Nr. 294: Der Landgerichtspräsident und der Erste Staatsanwalt sind verfassungsmäßig berufene Vertreter des Justizfiskus in Ansehung des für diesen mit dem Eigentume des Gerichtsgebäudes gegebenen privatrechtlichen Verhältnisses. Diese Eigenschaft kommt dagegen nicht zu dem Kastellan und dem Obersekretär, denen die Verwaltung und Reinigung der Utensilien übertragen ist.

i) JW. **04** 165: Der Hausmeister eines Postgebäudes ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Postfiskus.

k) R. **03** 102: Im Gebiete des preußischen Landrechts haftet die Schulgemeinde für Handlungen des Schulvorstandes.

l) WürttZFrG. **02** 167: Für Versehen des Ratschreibers in Württemberg bei Beurkundung des Liegenschaftsvertrags haftet die Gemeinde nicht.

m) **RG.** JW. **02** 310, **51** 219 ff.: Der preußische Fiskus haftet für die in Prozessen überreichten und abhanden gekommenen Urkunden, da durch die Übergabe der Urkunden ein privatrechtliches Verhältnis auf Rückgabe derselben begründet ist.

Zweiter Abschnitt.

Sachen.

Vorbemerkung: Das große historisch-philosophische Werk von Sokolowski kann im Rahmen des Jahrbuches nicht gebührend gewürdigt werden. Nur einzelne die folgenden Bestimmungen des BGB. unmittelbar betreffende und kritisierende Bemerkungen sind herausgegriffen worden. — Die Schwierigkeit der Praxis sich mit den Begriffen „Wesentlicher Bestandteil" und „Zubehör" und deren Abgrenzung untereinander abzufinden, erhellt aus den mannigfachen, z. T. sich widersprechenden Entscheidungen zu den §§ 93 ff. und 97 ff.

Literatur: Mangler, Das Vieh als Zubehör eines Landguts, SächsA. **13** 15—21. — Middendorf, Steht dem Käufer von stehenden Früchten gegenüber einer Beschlagnahme der letzteren die Interventionsklage zu? JW. **03** 121—122. — Rausnitz, Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie. R. **03** 593—595. — Sokolowski, Sachbegriff und Körper in d. klassisch. Jurisprudenz u. d. modernen Gesetzgebung. Halle 1902. — Spieß, Die Grundstückszusammenlegung in Preußen. ZBlFrG. **3** 433 ff. — Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung. A.zivPr. **94** 371—464.

§ 90. Spieß, ZBlFrG. **3** 433 ff. 1. Die körperlichen Gegenstände sind entweder bewegliche Sachen oder Grundstücke. Ihre Selbständigkeit als Sachen beruht auf ihrer Begrenztheit, die die beweglichen Sachen durch ihre natürliche Beschaffenheit besitzen, die Grundstücke dagegen erst durch den Willen des Menschen erhalten, der aus dem Erdganzen durch Ziehung von Grenzen Teile davon zu Grundstücken bestimmt.

Ist ein so gebildetes Grundstück einmal Gegenstand von Privatrechten geworden, so steht die Befugnis dazu, aus diesem Teile des Erdreichs durch Grenzziehung neue Grundstücke zu bilden, dem Eigentümer und nur ihm — vgl. § 890 — zu. Dasselbe gilt von der Vereinigung zweier nebeneinander liegenden Grundstücke zu einem einzigen. Ist indessen eines dieser Grundstücke Gegenstand von Rechten auch dritter Personen geworden, so ist der Eigentümer zur Vereinigung der beiden Sachen zu einer nicht nur nicht befugt, sondern sogar rechtlich außerstande. Geschieht in diesem Falle die Vereinigung dennoch äußerlich durch Entfernung der Zeichen der gemeinsamen Grenzen und überhaupt Behandlung der Grundstücke als einheitlicher Sachen, so besteht nur ein rechtlich nicht anzuerkennender Scheinzustand.

→ Das neue Reichsrecht hat den Begriff des „Grundstücks" erweitert, indem es im § 890 Abs. 1 die Vereinigung mehrerer natürlicher Grundstücke zu einem zuläßt, auch wenn sie nicht nebeneinander liegen und auch wenn sie mit Rechten Dritter verschieden belastet sind. Solche „juristischen" Grundstücke sind in Wahrheit nur Sachmehrheiten, weil die einzelnen Stücke für sich begrenzt, und deshalb auch selbständige Sachen sind und bleiben. Auch hier besteht, also nur ein Scheinzustand. Dem stehen auch nicht die anscheinend abweichenden auf dem Grundbuchsysteme beruhenden, wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung tragenden Bestimmungen der Reichsgesetze entgegen. Vgl. u. Ziff. 1 zu §§ 93, 94. ← Spieß.

Ein aus mehreren nebeneinander liegenden, zu einem einzigen vereinigtes Grundstück ist ein im preußischen Grundstückszusammenlegungsverfahren gebildeter sog. Gesamtplan (vgl. Art. 113 EG. z. BGB.). Dieser aber ist ausnahmsweise auch in dem Falle rechtlich Einheitssache, wenn eines der früheren selbständigen Grundstücke mit dinglichen Rechten dritter Personen belastet war. Diese Rechte bestehen hier an dem dem alten Objekt entsprechenden Grund und Boden als eigenartigem, weil nicht für sich durch Grenzen erkennbarem räumlichen Teile des Planes, der Abfindungsquote, fort.

2. Rausnitz, R. **03** 593 ff.: Der Körper des lebenden Menschen kann, da er mit dem Menschen selbst identisch ist, niemals Sache im juristischen Sinne sein. Das Recht des Menschen an seinem Körper ist in Wirklichkeit sein ursprünglichstes Individual- oder Persönlichkeitsrecht. Aber ebensowenig wie der Körper des lebenden Menschen Sache ist, ist dies sein Leichnam und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er noch als menschliche Form zusammenhält, ob eine Sektion stattgehabt hat, ob er noch aus Knochen oder aus Asche besteht. Daß der Leichnam als Recht einer Persönlichkeit im Rechte eine besondere, dieser selbst in mancher Beziehung ähnliche Stellung einnimmt, hat nur so lange Zeit seine Berechtigung, als von einer Nachwirkung dieser Persönlichkeit nach dem Tode noch gesprochen werden kann. Nach Ablauf dieser Zeit, die nach Volk und Zeitalter

verschieden ist, werden die dann noch vorhandenen Reste der Leichen, an welchen jedes Recht der Persönlichkeit erloschen ist, Sachen im juristischen Sinne und unterscheiden sich nicht mehr von den übrigen Sachen. Die Skelette derartiger alter Leichen sind gewöhnliche Sachen, ebenso wie die Mumien. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 90.

3. Elektrizität. Sokolowski 401: Wenn es auch nicht dem geringsten Zweifel unterläge, daß die Elektrizität nicht zur sog. Materie gehört, kein Körper, sondern eine Kraft ist, so steht nach unserer Auffassung der natürlichen Herrschaftsobjekte dennoch dem nichts im Wege, daß diese Naturkraft, wofern sie nur konkret bestimmt und begrenzt ist, dem Willen des Subjekts untergeordnet, daß an ihr ein sog. dingliches Recht bestellt werde. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 90.

4. a) **RG. 53** 218 ff., JW. **03** Beil. 20: Sachen sind nach dem Sprachgebrauche des BGB. nur körperliche Sachen; nicht aber Sachgesamtheiten als solche. Mithin können an sich nur die zu der Sachgesamtheit gehörigen Einzelsachen verpfändet werden. Es steht jedoch nichts im Wege, daß dies unter der zusammenfassenden Benennung, welche der Verkehr für den Begriff anwendet, geschieht und daß es in dem Sinne geschieht, daß die bestimmungsgemäß veräußerten Sachen aus der Pfandhaftung aus-, und die neu angeschafften Stücke in die Pfandhaftung eintreten (220). Näheres s. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 1205.

b) LG. Darmstadt, HessRspr. **3** 68: Inhaberpapiere sind körperliche Sachen. Vgl. §§ 935, 1081, 1084.

5. Kritik des § 90. Sokolowski 392 ff.: Der Vorschrift des § 90 liegt eine mißverständliche Rezeption römischer Quellen zugrunde, sie hat im klassischen Rechte in solcher Fassung nie gegolten, widerspricht der modernen Verkehrsanschauung oder Praxis und dem Geiste des BGB. selbst (392). Sätze wie der § 90 legen unser modernes Sachenrecht in ein Prokrustesbett, in welchem die bessere, vorläufig vielleicht noch instinktive Einsicht verstümmelt wird aus Furcht, es möchte jene ganz einseitige und daher irrtümliche Definition verletzt werden (400). Es ist zu hoffen, daß § 90 zu denjenigen Bestimmungen des deutschen Zivilrechts gehören möge, die weder im Leben noch in der Fortentwickelung des Rechtes selbst irgendwelchen Einfluß erlangen und in völliger Isoliertheit verbleiben (392).

§ 91. 1. Lotmar, Arbeitsvertrag 214 ff.: Die gesetzliche Definition der vertretbaren Sachen ist unzulänglich und dadurch irreleitend, sie entspricht nicht dem hergebrachten und eingewurzelten Begriffe derselben; denn es läßt sich kaum irgendeine bewegliche Sache anführen, die nicht im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegt (215). A. M. Kipp-Windscheid § 141; Hölder, Kommentar § 91 Nr. 2. Um vertretbare Sachen zu sein, müssen bewegliche Sachen durch Zahl, Maß oder Gewicht vollständig bestimmt werden, indem die Zahl-, Maß- oder Gewichtsbestimmung zu ihrer Bestimmung für das privatrechtliche Verkehrsbedürfnis genügend ist, die Sachen müssen einer Gattung von Sachen angehören, die gewöhnlich nur gattungsmäßig bestimmt werden, in Genusgeschäften vorzukommen pflegen, weil der Verkehr für die Unterschiede unter den Angehörigen dieser Gattung kein Auge hat und daher ihre gegenseitige Vertretung zuläßt (216).

2. Eine Sache wird nicht dadurch zur vertretbaren, daß die Parteien sie nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmen. Levy, Gewährleistung f. Mängel beim Werkvertrage.

3. **RG.** JW. **03** 16 Nr. 41: Der Kux eines Bergwerks i. S. d. preuß. Berggeſ. v. 24. Juni 1865 ist keine fungible Sache, da jeder Kux als gewerkschaftlicher Anteil einer bestimmten Person durch die Beziehung auf diese und die Eintragung im Gewerkenbuch, und, wenn ein Kuxschein darüber ausgestellt

ist, durch diesen individualisiert ist, dergestalt, daß eine Übertragung des Kuxes, die nach § 105 Berggeś. schriftlich erfolgen muß, immer nur einen oder mehrere nach Namen und Nummer bestimmte Kuxe zum Gegenstande haben kann.

§ 92. 1. Sokolowski 384 ff.: Der selbständige rechtliche Charakter des Sachinbegriffs ist mittelbar im Abs. 2 des § 92 zum Ausdrucke gelangt. Der an sich vielleicht unverbrauchbare Gegenstand erhält durch seinen Hinzutritt zu einer Sachgesamtheit eine andere rechtliche Natur — er wird eine res consumptibilis, der Sachinbegriff hat also einen eigenartigen, von den zu ihm gehörigen Gegenständen abweichenden Charakter. Obgleich er keine körperliche Sache ist, gilt er dennoch überall als selbständiges, von seinen physischen Substraten verschiedenes Rechtsobjekt. Das ist ein Triumph des Begriffsrealismus im Sinne der klassischen Philosophen, welche die althergebrachte Empirie der deutsch-rechtlichen Praxis auf dem Gebiete der Sachgesamtheiten krönt, verallgemeinert und bestimmt (385).

Näheres über die rechtlichen Wirkungen, welche sich aus dem Sachbegriff ergeben, 390 ff. a. a. O.

2. **RMG.** 3 180 ff.: Zu den Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung besteht, gehört in erster Linie das Geld. Wer das ihm übergebene Geld in seinem Nutzen verausgabt, gebraucht es nicht, sondern verbraucht es, eignet es sich zu. Da die Zueignung durch die Verausgabung bewirkt wird, so kann der hierin liegende Verbrauch auch durch die Absicht und die Möglichkeit rechtzeitiger Wiedererstattung nicht zu einem bloßen Gebrauche werden.

§§ 93, 94. 1. ⤞ „Bestandteil" und „Teil" sind verschiedene Begriffe. Ersterer ist ein Stück vom Stoffe der Sache, letzterer räumlich ein Stück von ihr. Dadurch, daß das BGB. die Begriffe nicht auseinanderhält, gelangt es z. B. zu der wenig natürlichen Anschauung, daß die einzelnen Erdkörper, aus denen ein Grundstück besteht, wesentliche Bestandteile von ihm sind, alle Erdkörper zusammen dagegen, aus denen ein räumlicher Teil von ihm besteht, d. h. aber dieser räumliche Teil selbst, unwesentliche Bestandteile. Ein räumlicher Teil eines Grundstücks kann nicht für sich zum Gegenstand eines besonderen Rechtes gemacht werden bzw. es nicht sein, ohne daß er für sich begrenzt wird bzw. ist. Aus diesem Grunde ist er im Falle des Bestehens eines solchen besonderen Rechtes in Wahrheit immer selbständiges Grundstück. Entsprechendes gilt auch bei den juristischen Grundstücken des § 890 Abs. 1, im Falle die einzelnen Grundstücke vor der Zusammenschreibung verschieden belastet waren. ⬸ Spieß.

Anders liegen aber die Verhältnisse landesrechtlich in Preußen bei einer sog. Abfindungsquote. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 90.

2. Sokolowski 368: Wenn das BGB. die Bestandteile „wesentliche" nennt, so kann hiermit natürlich nur die Verwendung der Sache dem Bedürfnisse des Verkehrs, der „ordnungsmäßigen Wirtschaft" entsprechend gemeint sein. Freilich haben wir dadurch noch nicht die untrügliche Bestimmtheit einer metaphysischen Kategorie gewonnen, aber auch die Alten machten dem empirisch-praktischen Standpunkte gewisse Zugeständnisse. Indem wir also den Begriff oder das Wesen der Sache nur praktisch auffassen und verwerten, bedienen wir uns einer Vorstellung, die in ihrer konkreten Anwendung bei den Alten nicht viel fester dastand, als bei uns. Näheres a. a. O. 359 ff. Leider hat das BGB. die ganze Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen nirgends präzisiert, sondern verwischt. Streng logisch müßte folgendermaßen geschieden werden: Wesentliche Bestandteile werden durch das Wesen der Sache, durch ihren Begriff zusammengehalten; abgesehen hiervon kann auch die körperliche Verbindung in Frage kommen, und trat diese nur zu einem vorüber-

gehenden Zwecke ein, welcher mit dem Begriffe des Gegenstandes nichts gemein hat, so haben wir es mit nicht wesentlichen Bestandteilen zu tun. Der unwesentliche Bestandteil kann rechtlich nicht als Bestandteil gelten. Die Fassung des BGB. ist unlogisch und enthält innere Widersprüche. (371).

§ 93. 1. Nach § 93 können Teile eines Gebäudes nur dann Gegenstand besonderer Rechte sein, wenn diesen Rechten zugleich der Teil der Hofraithe unterliegt, auf dem die belasteten Gebäudeteile stehen, und dieser Teil der Fläche und des Gebäudes vom Reste des Grundstücks durch eine ganz vertikale Grenze getrennt ist. Demgemäß kann ein Nutzungsrecht, welches sich auf einzelne Teile des Gebäudes beschränkt, nicht als Nießbrauch aufgefaßt werden. Es ist vielmehr als eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Wohnungsrecht) am ganzen Grundstück einzutragen. Schroeder, Grundbuchentscheidungen II 1.

2. Bestandteil ist ein Teil einer als Hauptsache in Frage kommenden Sache, in der er als unselbständig enthalten ist. Königsdörffer, SächsA. **13** 45.

3. Tobias, A.zivPr. **94** 375 ff. Wesentlicher Bestandteil ist ein Sachteil dann, wenn

a) seine Abtrennung nur unter Zerstörung seiner selbst oder des Restteils erfolgen kann, oder wenn

b) der Konsument ihn nicht anders als mit der Hauptsache zu bekommen pflegt. Die bisherigen Definitionen werden auf 371 ff. besprochen. Die organischen Erzeugnisse einer Sache sind wesentliche Bestandteile (380 f.); körperlich unverbundene Sachen (z. B. Spielkarten, Schachfiguren) nicht (381); Teile eines homogenen Körpers (Glasscheibe, Butter) sind Bestandteile, aber nicht immer wesentliche Bestandteile (382 ff.); künstliche Körperteile (Glasaugen, Zahnplomben) sind keine wesentlichen Bestandteile (384 f.).

4. Aus der Praxis:

a) PrOVG. **42** 188 ff.: Tapeten werden durch die Befestigung mittels Klebstoffs Bestandteile des Gebäudes; sie lassen sich, ohne daß sie zerstört werden, von den Wänden nicht trennen und haben die Bestimmung, letzteren dauernd das Ansehen der Wohlanständigkeit zu geben, sind also nicht nur zu vorübergehendem Zwecke dem Gebäude angefügt (189).

b) OLG. **7** 347 f. (Kiel): In dem Abbrechen eines Ofens, dessen früherer Zustand ohne weiteres nach Belieben wiederhergestellt werden kann, ist die Zerstörung eines wirtschaftlichen Wertes nicht zu erblicken; eine solche Annahme würde über den Zweck des § 93, daß nutzloser Zerstörung wirtschaftlicher Werte vorgebeugt werden soll, weit hinausgehen.

c) OLG. Dresden, Z. f. Bergrecht **44** 363 ff.: Eine auf dem Grundstück eines Kohlenbergwerks errichtete, zur Verwertung des dort geförderten Kohlenkleins dienende Naßpreßsteinfabrik ist nebst den dazugehörigen Maschinen als wesentlicher Bestandteil des Bergwerkgrundstücks anzusehen (366).

d) OLG. **6** 214 (Karlsruhe): Ein Motor, der mit dem Grund und Boden fest verbunden worden ist, stellt sich als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks dar. Ein an ihm vorbehaltenes Eigentum erlischt daher.

OLG. Kiel, Schlesw.Holst.Anz. **03** 211 ff.: Wenn auch Maschinen nach § 98 in der Regel als Zubehör anzusehen sind, so schließt dies doch nicht aus, daß sie unter Umständen wesentliche Bestandteile sind, wenn sie z. B. in ein Fabrikgebäude eingebracht worden sind, das von vornherein als solches gebaut und eingerichtet worden ist, und mit dem Erdboden und den Mauern in eine feste Verbindung gebracht worden sind (212). Das OLG. Hamburg (**7** 348 ff.) hat in einem anderen Falle Maschinen nicht als Bestandteile einer Maschinenhalle angesehen, weil nicht ersichtlich sei, wie aus den verschiedenartigen Maschinen

und der Maschinenhalle ein Ganzes in einheitlicher körperlicher Gestalt, dessen Bestandteile Maschinen und Gebäude wären, sollte gebildet werden können (349).

e) OLG. **6** 211 (KG.): Gebäude, welche mit dem Grunde und Boden fest verbunden worden sind, können — wenn die Voraussetzungen des § 95 nicht vorliegen — nicht zum Gegenstande selbständigen Eigentums gemacht werden, sei es durch Übertragung des Hauses ohne das Grundstück, sei es durch Zurückbehaltung des Eigentums am Hause bei der Veräußerung des Grund und Bodens.

§ 94. 1. Middendorf, JW. **03** 121 ff.: Die Früchte eines Grundstücks können, solange sie mit dem Boden zusammenhängen, als Erzeugnisse (§ 99), also wesentliche Bestandteile des ersteren nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Dem über stehende Früchte vom Eigentümer des Grundstücks geschlossenen Kaufvertrag eignet weder eine im Rechtsinne (§ 161) bedingte, noch eine dingliche Seite. Es enthält der Vertrag die Einigung (§ 929) der Kontrahenten, daß das Eigentum an den Früchten vom Verkäufer auf den Käufer übergehen soll. Hierin liegt auf seiten des Verkäufers nur die obligatorische Verpflichtung, dem Käufer die Aneignung der Früchte zu gestatten, d. h. dem letzteren die Berechtigung zum Erwerbe des Eigentums daran ohne des Verkäufers Mitwirkung zu gewähren. Der hierauf gerichtete Wille des Verkäufers könnte an sich die zum Eigentumserwerbe weiterhin erforderliche Übergabe (§ 929) hier ebensowenig ersetzen, wie in dem Falle, daß der Schuldner dem Gläubiger ein Faustpfand ohne Übergabe bestellen will (§§ 1204, 1205).

Eine Übergabe und damit eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Übereignung stehender Früchte ist aber auch unmöglich, da der Käufer nicht die tatsächliche Gewalt — weder den unmittelbaren noch den mittelbaren Besitz — an der nach wie vor als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks zu betrachtenden Sache erlangt. ⋙ Der Besitz verbleibt vielmehr dem Verkäufer, welcher dem Käufer lediglich seinen Besitzaufgebungswillen im voraus erklärt hat. (Planck, Note 2b zu § 956.) ⋘ Da das BGB. eine Ausnahmevorschrift, wie sie das ALR. im § 586 I. 11 für ähnliche Fälle in Richtung einer Fiktion der Übergabe bot und wie sie für das gegenwärtige Recht der § 810 ZPO. in Ansehung der Fruchtpfändung für die Zwangsvollstreckung bietet, nicht kennt, so erwirbt der Käufer die Früchte erst mit der Besitzergreifung nach vollzogener Trennung vom Grund und Boden gemäß §§ 953, 956 (vgl. JDR. **1** §§ 935 ff.).

Vor diesem Zeitpunkt ist ein die Veräußerung hinderndes, die Intervention nach § 771 ZPO. begründendes Recht keineswegs gegeben.

⋙ Dieser Grundsatz gilt aber auch dann, wenn neben dem Verkaufe der Früchte auf dem Halme das Grundstück selbst, z. B. dem Pächter übergeben worden ist und vor der Aberntung ein persönlicher Gläubiger des Eigentümers eine Pfändung derselben erwirkt.

Hier erhielt zwar der Käufer den unmittelbaren Besitz des Grundstücks. Jedoch mangelt es auch in diesem Falle an einem die Intervention rechtfertigenden dinglichen Gebrauchs- oder Nutzungsrechte. Denn dem Käufer der Früchte auf dem Halme ist weder ein Nießbrauch gemäß §§ 1030, 1031, noch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an dem Grundstücke gemäß § 1090 bestellt worden. Beides erhellt daraus, daß eine Einigung zwischen Eigentümer und Erwerber über eines der im zweiten und dritten Titel der Dienstbarkeiten behandelten Gebrauchs- und Nutzungsrechte nicht stattgefunden hat, sowie daß in Rücksicht der Befugnis zu einmaligem Fruchtbezuge von einem der Eintragung ins Grundbuch fähigen servitutischen Rechte nicht die Rede sein kann. Es fehlt also unter allen Umständen an den im § 873 für die Entstehung eines dinglichen Rechtes am Grundstück aufgestellten Erfordernissen. ⋘ Middendorf gegen Kramer, R. **02** 609.

2. **Tobias**, A.zivPr. **94** 375ff.: Der Grund und Boden selbst ist wesentlicher Bestandteil des Grundstücks nicht nach § 94, aber nach § 93 (386f.); ebenso bisweilen andere Sachen, wenn ihre Abtrennung nur unter Zerstörung ihrer selbst erfolgen kann.

a) Die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen. Es genügt unter Umständen der lose durch die Schwerkraft vermittelte Zusammenhang (387 bis 390). Unter Gebäude sind genau genommen nur die Fundamente zu verstehen (390—392).

b) Die zur Herstellung eines Gebäudes eingefügten Sachen sind diejenigen Sachen, die nach Anschauung von Zeit und Ort den Wechsel der Benutzer, Mieter und Besitzer nicht mitmachen (394—396); die bisherigen Definitionen (392—394).

3. Abs. 2. OLG. **6** 216 (Dresden): Jalousien eines Wohnhauses sind wesentliche Bestandteile des Gebäudes, da sie zur **Herstellung** des Gebäudes in dasselbe eingefügt worden sind.

SächsOLG. **24** 238: In einen Neubau eingefügte Türen sind nicht ein Zubehör des Grundstücks, sondern wesentliche Bestandteile des auf dem Grundstück errichteten Gebäudes. Es erstreckt sich daher auf sie die Hypothek (§ 1120). Über Gebäude, die mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, s. OLG. **6** 211 (KG.); o. Ziff. 4e zu § 93.

§ 95. 1. a) **Tobias**, a. a. O.: Zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden bedeutet: mit der unbedingten Absicht der Wiederwegnahme verbunden. Der eigentliche Zweck der Verbindung ist gleichgültig (397—401).

b) In Ausübung eines Rechtes verbundene Gebäude oder sonstige Werke können alle ober- oder unterirdischen Anlagen irgendwelcher Art sein, ausgenommen „Erzeugnisse, Samen und Pflanzen". Erforderlich ist Verbindung mit dem Grundstücke selbst oder mit einem Gebäude, welches wesentlicher Bestandteil ist, oder mit einem Erbbaurechtsgebäude. Das Recht, in dessen Ausübung die Verbindung erfolgt, muß ein dingliches Recht sein, nicht Miete und Pacht oder sonst obligatorisches Recht, zweifelhaft ob Überbau. Besonderes gilt nur für gemeinnützige Anlagen (Gasleitungen, Kabel usw.) auf fremden Grundstücken; hier liegt gewöhnlich kein dingliches Recht vor, aber dennoch werden die Röhrenleitungen 2c. keine wesentlichen Bestandteile, weder des fremden Grundstücks, noch des Betriebsgrundstücks Das Verbinden in Ausübung eines Rechtes ist weder Rechtsgeschäft noch objektives Ereignis, sondern Rechtshandlung. Irrtum und sonstige Willensmängel, auch Mangel der Geschäftsfähigkeit sind irrelevant; Stellvertretung ist möglich, ebenso Genehmigung (401—412).

2. **Plathner**, Das private Baurecht in Preußen, PreußVerwBl. **22** 541ff.: Bei Errichtung eines Gebäudes zu vorübergehenden Zwecken kommt es nicht allein auf die Absicht des Bauenden an; die Tatumstände müssen auch der Absicht entsprechen. Sehr oft wird durch die Art des Baues die Absicht äußerlich erkennbar sein. Dabei ist es gleichgültig, wie lange Zeit die Erfüllung des vorübergehenden Zweckes in Anspruch nimmt, auch ob überhaupt die Zeitdauer von vornherein sich bestimmen läßt. Auch braucht das Bauwerk nicht beständig einem und demselben Zwecke zu dienen; es ist auch denkbar, daß von vornherein die Absicht der Verwendung zu verschiedenen Zwecken bestanden hat. — Ändert sich aber die Art des Zweckes, bleibt ein nur für vorübergehende Zwecke errichtetes Bauwerk später für dauernde Zwecke erhalten, so wird das Bauwerk kraft Gesetzes wesentlicher Bestandteil des Grundstücks in dem Augenblicke, wo die Änderung des Zweckes sich tatsächlich vollzieht. Wenn aber umgekehrt ein für dauernde Zwecke errichteter Bau später zu einem nur vorübergehenden Zwecke benutzt wird, so hat hier die Änderung des Zweckes keine Änderung in der rechtlichen Be-

urteilung zur Folge. Denn entscheidend ist nicht, welcher Art die jeweilige Verwendung ist, sondern das Gesetz fordert, daß der Bau „nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden ist". Das trifft nicht zu bei einem Bauwerke, bei dessen Errichtung an vorübergehende Zwecke überhaupt nicht gedacht ist (542). A. M. Wolff, Bau auf fremdem Boden 71. Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 2 Abs. 2 zu § 95.

3. BayObLG., R. **03** 338 Nr. 1796: Eine nicht bloß vorübergehenden Zwecken dienende Turnhalle ist in der Regel als Bestandteil des Grundstücks zu betrachten.

4. Abgesehen von den Fällen des § 95 kann ein mit dem Grund und Boden festverbundenes Gebäude nicht zum Gegenstande selbständigen Eigentums gemacht werden. OLG. **6** 211 (KG.), KGJ. **25** A 139, s. o. Ziff. 4e zu § 93.

§ 96. 1. Zu den in § 96 bezeichneten Rechten gehören in Preußen auch die Anteile der einzelnen Eigentümer an den aus einer Grundstückszusammenlegung hervorgegangenen, im Gesamteigentum aller Grundbesitzer stehenden Wegen. Diese Anteile sind demgemäß nach § 8 GBO. auf Antrag bei den betreffenden Abfindungsgrundstücken ins Grundbuch einzutragen. Spieß, Grundstückszusammenlegung, ZBlFrG. **3** 612, 613.

Ferner sind, wie überhaupt gemäß § 1105 Reallasten, fähig, Rechte der im § 96 bezeichneten Art zu sein, die bei einer solchen Grundstückszusammenlegung überwiesenen Abfindungsrenten, nicht aber auch Abfindungskapitalien. Spieß a. a. O. 529.

Das Quasi-Bestandteilsverhältnis des § 96 entspricht dem früheren landrechtlichen Pertinenzverhältnisse. Diejenigen Rechte, welche zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. als Pertinenzien von Grundstücken im Grundbuch eingetragen waren, sind (unbeschadet wohlerworbener Rechte Dritter) kraft Gesetzes Quasibestandteile geworden, sofern sie sonst die im § 96 erforderte Eigenschaft besitzen. Spieß a. a. O. 613; vgl. die Bemerkungen zu § 890 Abs. 2.

2. PrOVG. **43** 49 ff.: Apothekerberechtigungen, welche mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind, sind nach dem BGB. rechtlich als Bestandteile, wenn auch nicht als wesentliche, zu betrachten. Sie gehen mit dem Grundstücke zugleich auf den Erwerber über und verbleiben ihm dauernd. Sie werden als Objekt des Grundstückserwerbes behandelt, und ihr Preis oder Wert bildet einen Teil des Grundstückspreises oder -werts (52/53).

§ 97. I. Abs. 1. 1. Satz 1. a) OLG. Jena, ThürBl. **50** 101 ff.: Zubehörungen eines gewerblich benutzten Gebäudes sind nur diejenigen beweglichen Sachen, welche vermöge ihrer Beschaffenheit, wenn nicht ausschließlich für den spezifischen Gewerbebetrieb brauchbar, doch so überwiegend für diesen benutzt zu werden pflegen, daß ihre selbständige Bedeutung hinter derjenigen, welche sie durch ihre gewöhnliche Benutzung für einen bestimmten Gewerbebetrieb haben, völlig zurücktritt.

RG. JW. **03** Beil. 4: Eine Akkumulatorenbatterie als Zubehör und nicht Bestandteil einer elektrischen Licht- und Kraftanlage (Zentrale).

b) OLG. **4** 20 ff. (KG.): Zubehör sind nicht Baumaterialien, die behufs Verwendung zu einem Gebäude auf dem Grundstücke niedergelegt sind, denn Sachen, die bestimmt sind, Bestandteile einer neuen Sache zu werden, welche also mit der Einfügung oder Verarbeitung in die neue Sache ihre Existenz verlieren sollen, können auch in der Zeit, in welcher sie noch als bewegliche, besondere Sachen bestehen, nicht als Zubehör erachtet werden.

Dagegen OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 167 ff.: Auch solche Sachen, die dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache dadurch zu dienen bestimmt sind, daß sie durch enge Verbindung mit der Hauptsache ihre Selbständigkeit verlieren,

müssen so lange als Zubehör gelten, als diese enge Verbindung noch nicht erfolgt ist. Ebenso OLG. Breslau, DJZ. **01** 240.

SächsOLG. **24** 224 ff.: Materialien und Vorräte, die auf einem Steinbruch lagern, sind nicht Zubehör des Steinbruchgrundstücks, wenn sie, um dem Betriebe des Steinbruchs zu dienen, erst durch Verarbeitung zu Betriebswerkzeugen umgestaltet werden müssen (226).

c) Räumliches Verhältnis: **RG. 51** 272 ff.: Der allgemeinen Fassung des Satz 1 Abs. 1, welche dem Ermessen des Richters einen weiten Spielraum gewährt, entspricht es, von einer bestimmten, alle möglichen Fälle umfassenden Regel abzusehen und es der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfalle zu überlassen, ob eine Nebensache zu der Hauptsache in einem deren Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse steht (274). Vgl. auch **RG. 47** 197 JDR. **1** Ziff. 3 zu § 97.

RG. 55 281 ff. Die Zubehöreigenschaft einer beweglichen Sache zu einem Grundstück ist auch dann anzunehmen, wenn die Sache sich auf einem im Eigentum eines anderen stehenden Nachbargrundstücke befindet (285).

d) Waschkessel als Zubehör? PrOVG. **43** 189 ff.: Mag auch in Mietshäusern, die eine größere Anzahl von Wohnungen enthalten, von dem Vermieter in einer zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Mieter bestimmten Waschküche häufig, in größeren Städten vielleicht in der Regel, ein Waschkessel als Zubehör des Waschherdes gewährt werden, so verlangt doch in Einzelwohnungen und in kleineren Ortschaften die Verkehrssitte nicht, daß der Vermieter einer Wohnung, zu der auch eine Waschküche gehört, dem Mieter einen Waschkessel liefere. Demgemäß kann auch in der Dienstwohnung eines Lehrers in einer Landgemeinde ein Waschkessel nicht als Zubehör der Waschküche oder des Waschherdes angesehen werden (192).

Über Kochherd und Öfen als Bestandteil oder Zubehör der Wohnungen s. PrOVG. **42** 155 ff.

Herd und Ofen keine wesentlichen Bestandteile. OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 278.

e) OLG. Colmar, R. **03** 179 Nr. 918: Eine Druckmaschine kann Zubehör eines Gebäudes sein, in dem eine Druckerei betrieben wird. Unabhängig ist die Zubehöreigenschaft einer Sache davon, ob sie für die Zwecke der Hauptsache unentbehrlich ist oder nicht. Die Beweispflicht regelt das OLG. übereinstimmend mit dem Urteile des **RG. 47** 197. S. hierüber JDR. **1** Ziff. 3 zu § 97.

Wer die Zubehöreigenschaft bisheriger Zubehörstücke bestreitet, ist beweispflichtig. Die Entziehung der Konzession zum Gewerbebetriebe hebt die Zubehöreigenschaft nicht ohne weiteres auf, solange die Möglichkeit besteht, daß das Gebäude zu einem gleichen oder ähnlichen Betrieb eingerichtet bleibt. OLG. Braunschweig, R. **03** 603 Nr. 3054.

2. Satz 2. OLG. Karlsruhe, R. **03** 603 Nr. 3052: Unter einer Verkehrsauffassung, welche die Zubehöreigenschaft ausschließt, ist nicht eine allgemeine im ganzen Lande oder in größeren Bezirken herrschende Anschauung zu verstehen. Es genügt die Auffassung des Verkehrs an dem Orte, wo sich die Hauptsache befindet. Doch muß die Verkehrsauffassung eine allgemeine in dem Sinne sein, daß sich eine über Einzelfälle hinausgehende und in beständiger entsprechender Befolgung bestimmt erkennbare Ansicht und Rechtsübung im gesamten Rechtsverkehre des betreffenden Ortes gebildet hat.

II. Abs. 2. a) OLG. Rostock, MecklZ. **22** 1: Die Benutzung von Maschinen für die Zwecke einer Fabrik wird nicht dadurch zu einer vorübergehenden, daß nach Änderung der Verhältnisse auch der Betrieb der Fabrik geändert und

die durch solche Änderung entbehrlich werdenden Maschinen verkauft werden sollen, da dies nur eine Absicht ist, die mehr oder minder bestimmt bei jedem gewerblichen Betrieb obwaltet.

b) OLG. **7** 350 (Karlsruhe): Eine vorübergehende Benutzung im Sinne § 97 Abs. 2 Satz 1 liegt nur dann vor, wenn die Benutzung der Sache für die Zwecke der anderen von vornherein mit der Absicht ihres späteren Wegfalls erfolgt.

c) OLG. **6** 270 (Colmar): Die Zubehöreigenschaft ist nicht ausgeschlossen, wenn von vornherein die Absicht besteht, die Nebensache nicht für die ganze Dauer ihrer Existenz, sondern nur etwa für die Dauer gewisser Eigenschaften in den Dienst der Hauptsache zu stellen. Diese Absicht macht die Benutzung der Sache für die Zwecke der Hauptsache nicht zu einer vorübergehenden.

III. Übergangsbestimmung: a) **RG.** R. **03** 208 Nr. 1093: Sind Sachen, die nach § 97 als Zubehör anzusehen sind, vor dem 1. 1. 00 lediglich deshalb nicht Zubehör gewesen, weil sie nicht dem Eigentümer der Hauptsache gehörten und das damalige Recht die Übereinstimmung des Eigentümers für den Zubehörbegriff forderte, so erlangten sie mit dem 1. 1. 00 von selbst die Zubehöreigenschaft.

b) PrOVG. **42** 151: Die Vorschriften des ALR. über die Substanz und die Pertinenzstücke eines Wohngebäudes sind, wenn sie auch für die Regelung der öffentlich-rechtlichen Schulbaupflicht mit in Betracht kommen, an sich privatrechtlicher Natur und deshalb durch das BGB. aufgehoben.

§ 98. I. Ziff. 1. a) OLG. Dresden, SächsA. **14** 117 übereinstimmend mit **RG.** v. 22. 5. 01 (s. JDR. **1** zu § 98): Wenn ein Grundstück auch nur zu einem Teile zum Betrieb eines Gewerbes dauernd eingerichtet ist, so sind diejenigen Sachen, die dem Betriebe des Gewerbes dienen sollen, Zubehör des Grundstücks. Ebenso OLG. **6** 212 (Marienwerder).

b) OLG. Karlsruhe, DJZ. **03** 59: Ladentische und Schäfte, die nicht mit der Mauer oder dem Boden verbunden, eingelassen oder gerade für diesen Raum hergerichtet sind, ferner Wagen, Handkarren, Kassetten, Eisschränke, Kaffeeröster, die zu einem vom Eigentümer eines städtischen Hauses in dessen im Erdgeschosse befindlichen Ladenlokal betriebenen Spezereigeschäfte gehören, haben keine spezielle Beziehung zum Lokal ihrer Aufstellung, wie das bei den in Ziff. 1 des § 98 beispielsweise aufgeführten Geräten der Fall ist.

II. Ziff. 2. a) Mangler, SächsA. **13** 15 ff. Zubehör eines Landguts ist u. a. auch der gesamte auf dem betreffenden Grundstücke vorhandene Viehbestand, sofern er nur gehalten wird, um irgendeinem Zweige des landwirtschaftlichen Betriebs (Ackerbau, Viehzucht, Milchwirtschaft) zu dienen. Die im preuß. Landrechte (Tl. I Tit. 2 §§ 48, 52—59) versuchte Kasuistik wird auch für die Auslegung des Zubehörbegriffs des Reichsrechts verwertet werden können. Pferde, Ochsen und Kühe werden als Zug- und Lastvieh, das im Interesse der Feldbestellung gehalten wird, immer, soweit es sich um Gewinnung von landwirtschaftlichen Produkten handelt, wie z. B. Tierjungen, nach Befinden als Nutzvieh Zubehör sein. Hierzu gehören auch Milchziegen, das Federvieh, aber auch die Muttertiere für Absatzkälber und Ferkel. Kein Zubehör aber ist der Viehbestand, der als Mastvieh aufgezogen wird. Der Landwirt, der Viehherden züchtet, mit denen er Handel treibt, ist aber ein Händler. Er kann nur das Vieh als Zubehör betrachten, das dazu dient, den Betrieb der Zucht zu erhalten. Ebensowenig ist Zubehör das Vieh, das bloß dem Hausgebrauch oder den persönlichen Interessen des Besitzers dient. Der Gutsbesitzer, der eine Kuh oder ein paar Milchziegen bloß deshalb hält, um seinen Kindern kräftige Milch zu verschaffen, hält damit ebensowenig Zubehör wie der Gutsherr, der seinem Sohne ein Reitpferd hält. Ist aber der Sohn

etwa als Wirtschaftsgehilfe tätig, der das Pferd benutzt, um die zum Gute gehörigen Ländereien zu besuchen, so ist das Pferd Zubehör. Ebenso ist Zubehör der Hofhund, nicht aber, wenigstens nicht immer, der Jagdhund. Bei dem auf die Mast gestellten Vieh wird man übrigens sich vor einer zu engen Auffassung hüten müssen. Schweine werden z. B. häufig nur für den Hausgebrauch aufgefüttert. Sie sind aber gleichwohl Zubehör, sofern sie bestimmt sind, bei der Beköstigung des Gesindes verwendet zu werden. Es kommt eben lediglich auf die Zweckbestimmung an.

b) Unter Wirtschaftsbetrieb eines Landguts ist nicht allein der Ackerbau zur Gewinnung von Bodenfrucht, sondern auch Viehzucht, Milchwirtschaft, selbst Viehmästung zu verstehen, wenn diese auf einem Landgute betrieben wird, um die Produkte desselben oder landwirtschaftliche Nebenbetriebe (Brennerei) rationell verwerten zu können. Zum landwirtschaftlichen Betrieb ist es zu rechnen, wenn ein Landgutbesitzer Magervieh aufkauft und nach erfolgter Mästung als Schlachtvieh verkauft; dagegen ist es lediglich Handelsbetrieb, wenn Vieh an- und verkauft wird, ohne auf die Veränderung der Eigenschaften der Viehstücke einzuwirken (vgl. Mangler, SächsA. **13** 15). Stör, Zw.Vollstr. in Ford. gegen den Versicherer, Seuff. Bl. **68** 338.

c) Junges Vieh ist nur dann Zubehör eines Landguts, wenn es wirklich dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache dient (z. B. zur Gewinnung von Dünger), nicht aber, wenn es großgezogen wird, um später der Hauptsache zu dienen. Unger, Hirths Ann. **03** 475.

§ 100. OLG. 6 217 (KG.): Mineralien und Fossilien, die aus einem Grundstücke gewonnen werden, können als Nutzungen im Rechtssinne nicht behandelt werden, wenn das Grundstück nicht dem Zwecke dieser Gewinnung zu dienen bestimmt war. Diese Bestimmung des Grundstücks muß, sofern sie nicht durch dessen natürliche Beschaffenheit bedingt wird, auf einer Verfügung des Eigentümers beruhen.

Dritter Abschnitt.
Rechtsgeschäfte.
Erster Titel.
Geschäftsfähigkeit.

Vorbemerkung: Aus dem Titel „Geschäftsfähigkeit" sind in dem Berichtsjahre besonders hervorzuheben die umfangreichen Arbeiten von Breit sowie von Eltzbacher über Geschäfts- und Handlungsfähigkeit, die auch zu vielen anderen Paragraphen außerhalb dieses Titels berücksichtigt worden sind.

Literatur: Boethke, Zu § 110 BGB. DJZ. **03** 450. — Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäfte. SächsA. **13** 283—327. — Breit, Die Geschäftsfähigkeit, Leipzig 1903. — Brunswig, Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken n. d. BGB., Leipzig 1902. — Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutsch. bürgerl. Recht I, Berlin 1903, dazu die Besprechung von Gierke, Goldschmidts Z. **55** 307—318. — Pfaefflin, Die abgeleitete Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen auf Grund der §§ 112, 113 BGB. Gruchots Beitr. **48** 1—20. — Schefold, Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Minderjährigen und das elterliche Verwaltungsrecht. A.zivPr. **94** 305—316.

1. Rechtsgeschäft.

a) Die Stellung des Rechtsgeschäfts innerhalb des rechtlich wirksamen Verhaltens wird meist in der Art bestimmt, daß man das rechtlich wirksame Verhalten in Rechtsgeschäfte, unerlaubte Handlungen und „Rechtshandlungen" einteilt. Das ist nicht genau. Die Rechtsgeschäfte oder vielmehr die zu ihnen gehörigen Willenserklärungen sind lediglich eine Unterart des recht-

mäßigen Verhaltens, die unerlaubten Handlungen eine Unterart des rechtswidrigen Verhaltens, die „Rechtshandlungen" eine Zusammenfassung von grundverschiedenem, teils rechtmäßigem, teils rechtswidrigem Verhalten. — Innerhalb des menschlichen Verhaltens sind als die beiden obersten Gattungen rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten zu unterscheiden. Das rechtmäßige Verhalten zerfällt dann weiter in Willenserklärungen und das mannigfache rechtmäßige Verhalten, das nicht Willenserklärung ist, z. B. Mitteilungen, Verarbeitung, eheliches Zusammenleben, Kenntnis; die Rechtsgeschäfte sind Tatbestände, zu denen außer einer oder mehreren Willenserklärungen auch noch andere Tatsachen gehören können. Das rechtswidrige Verhalten zerfällt in die Verletzung von Ausschließungsrechten (absoluten Rechten) und von Forderungsrechten (relativen Rechten); die unerlaubten Handlungen sind nur eine besondere Art der Verletzung von Ausschließungsrechten, nämlich diejenige Verletzung, an die sich eine Schadenersatzpflicht knüpft. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 10 bis 14, 96—120, 153—161, 262—302.

b) Rechtsgeschäft und Willenserklärung sind zu unterscheiden, stehen aber in einem gewissen Verhältnisse zueinander. Das Rechtsgeschäft ist ein Tatbestand, dem eine unabhängige, d. h. unmittelbar auf eine gewisse Rechtsfolge gerichtete Willenserklärung angehört. Jedes Rechtsgeschäft enthält eine Willenserklärung, kann aber auch eine Mehrheit von solchen sowie andere Tatsachen umfassen. Andererseits ist nicht jede Willenserklärung Bestandteil eines Rechtsgeschäfts, keine Rechtsgeschäfte sind solche Tatbestände, zu denen nur eine abhängige, an andere Tatsachen sich anlehnende Willenserklärung gehört, z. B. die vom Eigentümer genehmigten Verwendungen des Besitzers (§ 1001). Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 121—126.

2. Über den Begriff von Rechtsgeschäft und Rechtshandlung (vgl. IDR. **1** S. 58 Ziff. 3 ff.) führt Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen seiner eigenen Handlungen, 44 ff. aus: Die Rechtshandlungen im weitesten Sinne zerfallen in zwei streng voneinander geschiedene Kategorien. Bei der ersten dieser Kategorien — den reinen Rechtshandlungen — knüpft sich der Eintritt des rechtlichen Erfolges nur an die Vornahme der Handlung selbst und ist gänzlich unabhängig von den Vorgängen im Inneren des Handelnden. Diesen stehen die rechtsgeschäftlichen Rechtshandlungen gegenüber, bei denen der Eintritt des rechtlichen Erfolges von dem Vorhandensein eines auf rechtliche Momente gerichteten Willens abhängig ist; sie bilden eine Zwischenstufe zwischen den reinen Rechtshandlungen und den Rechtsgeschäften (45). Von den Rechtsgeschäften unterscheiden sich die rechtsgeschäftlichen Rechtshandlungen in zwei wesentlichen Punkten. Einmal umfaßt der vorhandene Wille nicht die Herbeiführung des rechtlichen Erfolges selbst, sondern Gegenstand des Willens ist ein von jenem Erfolge verschiedenes, aber ebenfalls rechtliches Moment, nämlich die Qualifizierung der gewollten Handlung nach rechtlichen Gesichtspunkten. Andererseits braucht bei den rechtsgeschäftlichen Rechtshandlungen der Wille nicht erklärt zu werden, es bewirkt vielmehr schon sein Vorhandensein eine besondere Beurteilung der Handlung (46). Vgl. über den Begriff des Rechtsgeschäfts auch Alexander, Unwirksamkeit 6—9.

3. Über das Verhältnis des einseitigen Rechtsgeschäfts zum Vertrage handelt Breit, SächsA. **13** 283 ff. und Geschäftsfähigkeit 176 ff.:

Der allen bisherigen Rechten unbekannte Gegensatz, in den das BGB. Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte stellt — einseitige Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit im konkreten Falle von der Zustimmung eines Dritten abhängt, vertragen die Zustimmung nur in der Form der vorherigen Zustimmung (Einwilligung): §§ 111, 1398, 1525, 1448, 1831 (180) — zwingt zur Aufwerfung

der Frage: Welche Bedeutung kommt in einem Falle, in dem zur Herstellung des erstrebten Rechtseffekts eine einseitige Type gewahrt wird, dem tatsächlich vorhandenen (und erklärten) mutuus consensus zu? Handelt es sich in einem solchen Falle noch um ein „einseitiges Rechtsgeschäft" oder ist der Vorgang „Vertrag?"

Die herrschende Ansicht beantwortet diese Frage im ersteren Sinne. Nach ihr ist beispielsweise die Vollmachtserteilung stets einseitiges Rechtsgeschäft, auch wenn sie als Bestandteil eines Dienstvertrags auftritt. Ebenso der Verzicht auf dingliche Rechte (vgl. z. B. Fischer-Henle, Note 1 zu § 1168), mag auch der Verzichtende die Wirksamkeit des Verzichts von der Zustimmung des Gegners abhängig machen. M. a. W. die herrschende Meinung legt allein Gewicht auf die abstrakten Tatbestände, nicht auf die Art und Weise der Verwirklichung.

Das ist ein schwerwiegender, an der äußerlichen Bezeichnung haftender Irrtum.

Sofern man als das Kriterium des Rechtsgeschäfts den Willen zur Rechtsfolge anerkennt, so sind Vertrag und einseitiges Rechtsgeschäft die beiden Formen, die dem einzelnen zur Verwirklichung der Rechtsfolge gewährt sind. Vertrag und einseitiges Rechtsgeschäft sind nicht qualitativ, sondern lediglich quantitativ voneinander verschieden; der Vertrag verlangt ein Moment mehr als das einseitige Rechtsgeschäft, den Konsens des durch die Rechtswirkung betroffenen Gegners. Wenn nun gewisse, von der Rechtsordnung typisch normierte Rechtswirkungen sich kraft gesetzlicher Vorschriften nur in der Form des Vertrags verwirklichen lassen — Kauf, Tausch, Miete usw., so ist es gerechtfertigt, von ihnen schlechthin zu sagen, daß sie Verträge seien. Der Vertrag ist hier nicht nur eine mögliche, sondern die einzig mögliche Form, um die Rechtsfolgen auszulösen. Ausgeschlossen ist damit die Form des einseitigen Rechtsgeschäfts, weil sie den Minimalerfordernissen zur Verwirklichung der Rechtsfolgen nicht genügt.

Der Grundirrtum der herrschenden Lehre liegt nun darin, daß sie diese Sätze einfach auf die sogenannten einseitigen Rechtsgeschäfte übertragen hat. Weil man sonst und im Hinblick auf die Notwendigkeit des mutuus consensus sagen durfte, Kauf, Tausch, Miete, Auftrag seien Verträge, seien also niemals einseitige Rechtsgeschäfte, so glaubte man bei den einseitigen Rechtsgeschäften den Satz umkehren zu können und sagen zu dürfen: Vollmachtserteilung, Verzicht auf dingliche Rechte, Vermächtnisausschlagung sind einseitige Rechtsgeschäfte, können also niemals Verträge sein. Das ist ein Fehlschluß: Die Würdigung eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes als „einseitig" besagt — wenigstens zunächst — nur soviel, daß zur Verwirklichung des Rechtseffekts der mutuus consensus entbehrlich, nicht auch, daß er unmöglich ist. Ob mutuus consensus zur Bewirkung der Rechtsfolge möglich ist, m. a. W. ob der Handelnde, statt einseitig zu handeln, offerieren kann, hängt davon ab, ob es auf Erzeugung von Rechtswirkungen zwischen den Parteien abgesehen ist. Jede solche Rechtswirkung läßt sich im Zweifel auf kontraktlichem Wege erreichen, und der Umstand, daß das Gesetz eine einseitige Type zuläßt, schließt die Möglichkeit des Vertrags nicht aus. Mithin lassen sich Bevollmächtigung, Verzicht (soweit es überhaupt auf einseitigem Wege möglich ist), Bestätigung, Vermächtnisausschlagung auch in Vertragsform verwirklichen. Man darf daher, genau genommen, nicht sagen, diese Geschäfte sind einseitige Rechtsgeschäfte, sondern nur, sie können es sein. Ob sie es sind, hängt von der Art und Weise der Verwirklichung ab.

Anders verhält es sich, wenn die Rechtswirkung der einseitigen Type nicht solche zwischen den Parteien, wie z. B. bei der Okkupation oder Dereliktion. Sie können nicht in Vertragsform auftreten, sind also absolut einseitige Rechtsgeschäfte. Ebenso kann die Formbedürftigkeit einer Erklärung die Vertragsform

perhorreszieren, z. B. bei der Erbschaftsausschlagung. Auch sie ist stets einseitiges Rechtsgeschäft.

Über die Geschichte des Begriffs Rechtsgeschäft siehe Breit, Geschäftsfähigkeit 76 ff.

Der Zweck einer Definition des Rechtsgeschäfts ist einzig und allein die Abgrenzung der rechtsgeschäftlichen Tatbestände von den nicht-rechtsgeschäftlichen. Breit 95 ff. Daher kann die Frage, ob die Definition auch das richtige Rechtsgeschäft zu umfassen habe, in Wahrheit gar nicht aufgeworfen werden. Ebenda 98 ff.

Die rechtsgeschäftlichen Tatbestände scheiden sich von den nicht-rechtsgeschäftlichen dadurch, daß jene eine Willenserklärung als essentiellen Bestandteil enthalten. (113 ff.) Willenserklärung ist jede Kundgebung eines Willens zur Rechtsfolge. (116 ff.) Das Band, das die einzelnen Rechtsgeschäftstypen verbindet, ist die Äußerung des auf einen erlaubten Rechtserfolg gerichteten Willens (127).

Über die Frage, ob der Wille auf Rechtsfolgen oder auf wirtschaftliche und gesellschaftliche Folgen gerichtet sein müsse, vgl. 128 ff. Es muß unser Bestreben sein, die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung so weit als irgend möglich zu fassen. Es ist daher nicht notwendig, daß die gewollten Rechtsfolgen identisch sind mit den tatsächlich eintretenden. Daher sind auch die Mahnung, die Fristsetzungen und alle anderen Willenserklärungen Rechtsgeschäft. 139 ff.

Über die Verwirklichung der Tatbestände heißt es ebenda 145 ff., 161: Eine Willenserklärung, gleichgültig, ob definitiv wirksam oder anfechtbar, kommt, von dem Falle der Mentalreservation abgesehen, nur dann zur Entstehung, wenn das objektive Verhalten die Äußerung eines tatsächlich vorhandenen Geschäftswillens ist. Ob die objektive Äußerung dem Willen entspricht, oder ob beide divergieren, ist dabei bedeutungslos und nur für die Frage von Einfluß, ob die Erklärung etwa anfechtbar ist, ihre Wirkungen also rückgängig gemacht werden können. Ist die Handlung nicht die Äußerung eines Geschäftswillens, so ist sie niemals eine Willenserklärung, mag sie auch durch die Abirrung oder durch die eigentümliche Verknüpfung der Umstände in einem Dritten den Geisteseffekt einer Willenserklärung hervorrufen. Einer Anfechtung bedarf es daher in diesem Falle nicht.

§ 104. 1. Die Begriffe Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit sind auf juristische Personen nicht anwendbar. Breit, Geschäftsfähigkeit 14 ff.

Über den Unterschied zwischen Geschäftsunfähigkeit und Verfügungsbeschränkung s. ebenda 18 ff.

Der gute Glaube ist im Herrschaftsgebiete der Geschäftsfähigkeitsnormen ohne Einfluß. Ebenda 36 ff.

Den Mangel in der Geschäftsfähigkeit hat stets derjenige zu beweisen, der eine Einrede daraus herleitet. Ebenda 50 ff.

Die sogenannte Fähigkeit zur Entgegennahme von Willenserklärungen ist nicht in dem Begriffe der Geschäftsfähigkeit enthalten. 66.

Über das Verhältnis der Geschäftsfähigkeit zur Prozeßfähigkeit s. 71 ff., zur Wechselgeschäftsfähigkeit 69 ff.

2. Ziff. 2. a) Brunswig 86 ff.: Der in Ziff. 2 bezeichnete Zustand ist unabhängig von dem Begriffe der Geisteskrankheit im § 6 (näheres hierüber a. a. O. 126 ff.), so daß Ziff. 2 auch Fälle umfaßt, bei denen eine Entmündigung wegen Geistesschwäche angebracht ist, während die betreffenden Personen nach Ziff. 2 als geschäftsunfähig zu betrachten sind. Hieraus ergibt sich die Konsequenz, daß durch die Entmündigung Leuten beschränkte Geschäftsfähigkeit erteilt wird, die bis dahin gar keine Geschäftsfähigkeit gehabt haben (88). Es ist auch kein Grund einzusehen, warum die bisher Geschäftsunfähigen jetzt, wo die berufenen Organe in der Lage sind, die richtigen Maßregeln zu treffen, nicht zur beschränkten Geschäftsfähigkeit zugelassen werden sollen (89). A. M. und vor allem gegen diese

Konsequenz Goldmann-Lilienthal (2) 140 (vgl. IDR. 1 Ziff. 3 zu § 104), wie Brunswig auch Rehbein, BGB. I 115. Die Entmündigung wegen Geistesschwäche von nach § 104 Ziff. 2 geschäftsunfähigen Personen hat, trotzdem daß sich die nach § 104 Ziff. 2 eintretende Geschäftsunfähigkeit auch gegenüber der durch die Entmündigung wegen Geistesschwäche eintretenden beschränkten Geschäftsfähigkeit geltend machen kann, ihre praktische Bedeutung, wenn nach erfolgter Entmündigung eine Remission eintritt, die die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Ziff. 2 beseitigt (90). Näheres s. 97.

b) Brunswig 122 ff.: Geschäftsunfähig nach Ziff. 2 ist nur, wer infolge einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit nicht mehr imstande ist, irgendeine Angelegenheit von rechtlicher Bedeutung zu besorgen.

Es sind daher nach Ziff. 2 geschäftsunfähig eigentlich nur die Idioten und die ganz verblödeten Irren, Paralytiker im letzten Stadium, oder solche, bei denen Wahnvorstellungen, Größenwahn usw. sich in jeder Handlung äußern und diese bestimmen.

c) Beweislast im Falle der Ziff. 2: Brunswig 140: Wer eine Rechtswirkung der Geschäftsunfähigkeit behauptet, muß nachweisen, daß Geschäftsunfähigkeit vorhanden war in dem Augenblick, in dem die Geschäftsfähigkeit für die Rechtswirkung von Bedeutung war, denn in diesem Augenblicke muß Geschäftsunfähigkeit vorgelegen haben, ihr Vorhandensein zu anderer Zeit ist an sich belanglos; es ist also ihm der Beweis auferlegt, daß kein lichter Zwischenraum bestand, nicht braucht der andere nachzuweisen, daß ein solcher vorhanden war. Diesem Beweise gegenüber kann der Gegner dartun, daß der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender war.

3. Nach de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge, 138 ff. führt die von dem Gesetze denjenigen Personen, die sich in einem sub 2 des Paragraphen bezeichneten Zustande vorübergehender Natur befinden, gewährte Handlungsfähigkeit, in Verbindung mit der gesetzlich angenommenen Empfangstheorie bisweilen zur unbilligen Resultation. Freilich sprächen Gründe der Zweckmäßigkeit, des Verkehrsbedürfnisses, sowie der Umstand, daß es sich in der Regel um Zustände vorübergehender Art handelt, dafür, inter absentes zugehende Erklärungen Dritter mit ihrem Eintreffen wirksam werden zu lassen. Dies namentlich für Regelfälle, wie Schlaf, Hypnose, hochgradige Trunkenheit, sowie insbesondere bei einfachen Erklärungen, Vorstellungsmitteilungen, bloßen Anzeigen, bzw. bei Willenserklärungen, die den Adressaten zu keiner unmittelbaren obligatorischen Tätigkeit veranlassen sollen. Anders hingegen bei Willenserklärungen, die wie die Interpellation, unter Umständen auch die Offerte zc., den Empfänger unter Androhung rechtlicher Nachteile zu einem — im Zweifel — sofortigen aktiven Handeln verpflichten. Wie in den ersteren Fällen das Interesse des Gläubigers, der nicht immer über den momentanen Geisteszustand seines Schuldners unterrichtet sein kann, sollte hier dasjenige des Debitors mehr Berücksichtigung finden; dies namentlich, wenn der „die freie Willensbestimmung ausschließende Zustand", wenn auch akuter, doch nur langsam vorübergehender Natur ist (vgl. die Beispiele 140). Der betr. Schuldner sollte vermöge der während der Dauer dieses Zustandes tatsächlich bestehenden Handlungsunfähigkeit, einem infans ähnlich, rechtlich interpellationsunfähig, die Mahnung gleichsam tempore inopportuna, unzweckmäßig — nicht nichtig — vielmehr für die Dauer des betr. Zustandes unwirksam sein, also mit Wegfall desselben nicht erneuerungsbedürftig, daher der Schuldner vermöge seiner nunmehrigen Kenntnisnahmefähigkeit in Verzug gerät, falls er die Mahnung des weiteren mißachtet. Praktisch kommt das Gesetz (§ 285) freilich zu demselben Resultat, indes es handelt sich um ein Prinzip:

die Rechtswirksamkeit von Willenserklärungen. (Vgl. u. Ziff. III zu §§ 116 ff. u. Ziff. 1 a. E. zu § 130.)

4. Aus der Praxis:

a) Über die Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit wegen Geisteskrankheit im Sinne des § 104 Ziff. 2 handelt eingehend **RG.** SeuffA. 55 257 ff.

b) OLG. Frankfurt a./M., R. **03** 127 Nr. 605: Eine die Geschäftsfähigkeit ausschließende krankhafte Störung der Geistestätigkeit ist dann anzunehmen, wenn die Störungen des Vorstellungslebens, des Empfindungslebens und des Trieblebens derartige sind, daß dadurch die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben wird.

c) BayObLG., R. **03** 359 Nr. 1939: Geschäftsunfähigkeit kann auch durch Säuferwahn herbeigeführt werden.

§ 105. 1. Abs. 1. a) Alle Rechtsgeschäfte unterstehen, soweit der Einfluß der mangelnden oder beschränkten Geschäftsfähigkeit in Frage kommt, im Zweifel den Vorschriften der §§ 105 Abs. 1, 107. Breit, Geschäftsfähigkeit 190 f.

b) Die Bestimmung gilt nicht für die nach ZPO. § 894 fingierte Willenserklärung. Breit, Geschäftsfähigkeit 324 ff.

2. Abs. 2. a) Bewußtlosigkeit ist hier nicht in dem Sinne gemeint, wie man sie findet bei tiefer Ohnmacht, auf Grund einer Gehirnerschütterung, in der Chloroformnarkose, oder bei Vergiftungen, sondern Bewußtlosigkeit ist eine Störung des Zustandes, in dem uns unsere psychische Tätigkeit und ihre Einzelheiten genügend zum Gefühl oder zur Vorstellung kommen. Diejenigen Dinge vollziehen sich mit Bewußtsein, bei denen man die Empfindung hat: ich bin in der und der Weise, aus diesem Grunde, zu diesem Zwecke, bei dieser Handlung beteiligt. Moeli, Die Geisteskranken in zivilrechtlicher Hinsicht, „Gerichtliche Medizin" 179, herausgegeben vom Zentralkomitee für das ärztliche Fortbildungswesen in Preußen.

b) „Vorübergehende Störung der Geistestätigkeit" oder Bewußtlosigkeit kann für beschränkte Zeit vorkommen infolge von hysterischen oder epileptischen Zuständen, infolge von Migräneanfällen und vor allem bei Vergiftungen. Moeli 180. Vgl. IDR. **1** Ziff. 2 zu § 105.

c) Über die Zurechnungsfähigkeit der Hysterischen handelt Sanitätsrat Wildermuth, R. **03** 465 ff.: Die Hysterie als solche bedingt weder eine Störung der Intelligenz noch des sittlichen Fühlens, welche die Zurechnungsfähigkeit ausschließt oder beeinträchtigt. Einzelne akute hysterische Anfälle psychischer oder physischer Natur heben die Zurechnungsfähigkeit nur dann auf, wenn die inkriminierte Handlung nachweislich während eines solchen Anfalls oder dessen ersichtlicher Nachwirkung stattgefunden hat. Die hysterischen Dämmerzustände sind in ihrer Bedeutung für die Zurechnungsfähigkeit den epileptischen gleichzustellen (467).

d) Brunswig 141 ff.: Nicht schon ein zufälliges zeitliches Zusammentreffen einer geistigen Störung mit einer Willenserklärung genügt, um letztere nichtig zu machen, sondern es muß ein Kausalnexus zwischen der Störung der Geistestätigkeit und der Willenserklärung bestehen, die letztere muß durch jene beeinflußt sein.

§ 107. 1. Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen 21 ff: Die Bestimmung des § 107 darf nicht zu eng ihrem Wortlaut entsprechend aufgefaßt werden, weil sie sonst sinnlos wäre. Es muß nämlich als geradezu ausgeschlossen betrachtet werden, daß überhaupt ein Fall von „lediglich rechtlichen Vorteil bringender" Willenserklärung denkbar ist, in dem die Möglichkeit des Entstehens eines künftigen Nachteils für den Erwerbenden unbedingt ausgeschlossen ist. Selbst eine reine Schenkung, die nicht mit irgendwelchen Auflagen beschwert ist, kann für den Beschenkten eine Verschlechterung

seiner Rechtslage zur Folge haben, weil er nach § 528 immer der Gefahr ausgesetzt ist, den geschenkten Gegenstand zurückerstatten zu müssen und die Entstehung einer rechtlichen Verpflichtung stets eine Beeinträchtigung des Rechtsgüterstandes des Verpflichteten bedeutet (22). Vgl. IDR. **1** Ziff. 3.

2. de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 125 ff.: Für die aktive Mahnungsbefugnis Minderjähriger ist zu beachten, ob durch die Interpellation des Minderjährigen eine lediglich vorteilhaftere Rechtslage geschaffen, sowie daß erstere einen Verfügungsberechtigten bedingt. Beides ist in der Regel nicht zu unterstellen. Es ist je nach dem Einzelfall zu entscheiden. Mahnungsfähig ist nur der empfangsfähige Gläubiger. Nachträgliche Genehmigung des Vertreters saniert die in casu „unwirksame" (§ 111), hier nichtige Interpellation nicht, gilt vielmehr als neue Mahnung. Auch die passive Interpellationsfähigkeit der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen ist nach deren Handlungsfähigkeit zu beurteilen (137 f.). Vgl. unter Ziff. 2 zu § 131.

3. Familienrechtliche Willenserklärungen unterliegen dem § 107 nur in seiner positiven Seite: der Zustimmungsbedürftigkeit. Einer Bewertung familienrechtlicher Akte wird unser sittliches Empfinden widerstreiten. Breit, Geschäftsfähigkeit 191.

4. KG. KGJ. **25** A 184, RJA. **3** 171, ZBlFrG. **3** 662: Die Bestimmung des § 107 gilt zwar zunächst nur für die Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, muß aber sinngemäß auch für die Vornahme sonstiger Rechtshandlungen, insbesondere für die Einlegung von Rechtsmitteln gegen gerichtliche Entscheidungen gelten, soweit nicht besondere Vorschriften abweichenden Inhalts entgegenstehen. Daher bedarf eine minderjährige Mutter zur Einlegung der Beschwerde gegen den Beschluß des Vormundschaftsgerichts der Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters.

§ 108. 1. LG. Saarbrücken, DNotVZ. **47** 243: § 108 findet auch auf die Auflassung Anwendung, da diese sich als ein Vertrag darstellt. Die von einem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten abgegebene Auflassungsannahmeerklärung ist daher nicht nichtig, vielmehr hängt die Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertreters ab. Die Genehmigung kann auch ein erst nach der Aktschließung bestellter Pfleger erklären.

2. **RG. 52** 163, Genehmigung im Sinne des § 108 und des § 177 ist die nachträgliche Gutheißung einer Rechtshandlung.

3. Abs. 3. OLG. Frankfurt, R. **03** 127 Nr. 606: Die Genehmigung des § 108 Abs. 3 kann formlos erfolgen; rechtsverbindlich aber ist sie nur, wenn sie abgegeben wird in bezug auf ein konkretes einzelnes Rechtsgeschäft.

§ 110. Boethke, DJZ. **03** 450 ff. erörtert die Frage, ob der Minderjährige auch über die Gegenstände, die er mit freigegebenen Mitteln erworben hat, nach Belieben Verträge schließen oder sonst verfügen kann. Er gelangt zur Verneinung, weil die mit freien Mitteln erworbenen Gegenstände nicht ohne weiteres an die Stelle der Mittel treten und es auch nicht dem mutmaßlichen Willen des gesetzlichen Vertreters entspräche, daß der Minderjährige mit den erworbenen Sachen frei schalten dürfe, eine weitergehende Absicht aber der besonderen Feststellung in jedem einzelnen Falle bedürfe.

Gegen ihn Riezler, ebenda 565 ff.: Wenn einem Minderjährigen von seinem gesetzlichen Vertreter Mittel zur freien Verfügung überlassen sind, so liegt darin eine stillschweigende Zustimmung zu jeder Art von gesetzlich zulässigen Rechtsgeschäften, welche der Minderjährige gerade mit diesen Mitteln abschließt. Nach der gegebenen Gesetzeslage findet die freie Verfügungsmacht des Minderjährigen bezüglich der Surrogate des seiner freien Verfügung Überlassenen allerdings ihre Schranken an den im Vormundschaftsrechte gezogenen

Grenzen der freien Zustimmungsmacht des gesetzlichen Vertreters (§ 1644). Man darf die Bedeutung des § 110 nicht überschätzen, insbesondere darf man nicht mit Boethke daraus, daß § 110 unter Zuhilfenahme der immer mißlichen Fiktionsform an die Bewirkung der Leistung mit freigegebenen Mitteln das Wirksamwerden des Vertrags knüpft, die Folgerung ziehen, daß ein solcher Vertrag vor der Erfüllung notwendig unwirksam sei. Trotzdem der Wortlaut des § 110 — dessen Formulierung aber höchst bedenklich ist — dagegen zu sprechen scheint, kann sich die Wirksamkeit eines solchen Vertrags aus der präsumtiven Zustimmung ergeben, welche eben in der Überlassung der Mittel zur freien Verfügung zu finden ist. In Wahrheit nämlich fehlt es in den Fällen, auf welche § 110 gemünzt scheint, regelmäßig nicht an der Zustimmung, sondern nur an der ohnehin nicht erforderlichen ausdrücklichen Zustimmung. Man mag den § 110 immerhin deshalb für wünschenswert erachten, weil er im Falle der Erfüllung die manchmal nicht ganz leichte Untersuchung darüber entbehrlich macht, ob wirklich nach Lage der konkreten Umstände eine stillschweigende Willenserklärung, die als Zustimmung zu deuten ist, vorliegt. Aber es dürfte sich kaum rechtfertigen lassen, wenn die herrschende Meinung im § 110 für alle von ihm berührten Fälle ein Ausnahmerecht gegenüber den allgemeinen Regeln der §§ 107 ff. erblickt.

§ 111. 1. a) Sachse, DJZ. **03** 25: In allen Fällen, in denen das BGB., wie im § 111, die vorherige Zustimmung eines Dritten zur Bedingung der Wirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte gemacht hat (z. B. §§ 1831, 1398), braucht, wenn es sich um empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte handelt und die Willenserklärung schriftlich abgegeben wird, die Zustimmung des Dritten (des Vormundes, des Vormundschaftsgerichts) nicht schon bei der Niederschrift der Willenserklärung, sondern erst bei der Weggabe der Urkunde vorhanden zu sein. Handelt es sich z. B. um eine Erbschaftsausschlagung, die ein Vormund für sein Mündel vornehmen will, so ist nicht erforderlich, daß der Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts schon hat, wenn er die Ausschlagungserklärung niederschreibt oder notariell beglaubigen läßt, sondern es genügt, wenn ihm die Genehmigung erteilt ist zu der Zeit, wo er die vor der Genehmigung ausgestellte Entsagungsurkunde an das Nachlaßgericht absendet. Dagegen führt Breit, DJZ. **03** 174/175 (offenbar mit Recht) aus, daß der Zeitpunkt der „Vornahme" bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen unter Abwesenden im Zweifel nicht der der Absendung, sondern gemäß § 130 Abs. 1 der des Zuganges sei. S. u. Ziff. 1 und 3 zu § 183.

b) KG. RJA. **3** 163 ff.: Eine Erklärung, durch welche eine Mutter im Namen des unter ihrer elterlichen Gewalt stehenden Kindes die Eintragung einer Hypothek an einem zum Vermögen des Kindes gehörenden Grundstücke bewilligt hat, ist wirksam, wenn die dazu erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach der Vornahme der Erklärung, aber noch vor dem Zeitpunkt erteilt wird, in welchem die Erklärung dem Grundbuchamte zugeht. Nicht ist erforderlich, daß die Genehmigung der unterschriftlichen Vollziehung der Urkunde, in welcher die Eintragungsbewilligung erklärt wird, vorhergehe, denn die Eintragungsbewilligung ist eine empfangsbedürftige Erklärung (165).

c) KG. RJA. **2** 216: Die Erklärung, durch welche der Vater im Namen des unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kindes eine diesem angefallene Erbschaft ausschlägt, ist unwirksam, wenn die zur Ausschlagung erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht vor der Erklärung erteilt wird.

2. Gegen die Ansicht Endemann's I 130 Anm. 8, daß § 111 Satz 1 eine zwingende Norm enthalte, die auch dem § 107 gegenüber durchgreife, wendet sich Breit, Geschäftsfähigkeit 192.

Über die Anwendbarkeit des § 111 auf Vertragsanträge und Vertragsannahme vgl. ebenda 196.

3. Satz 2. **RG.** JW. **03** Beil. 85: Den Mangel des Nachweises der schriftlichen Einwilligung in die Erhebung der Klage kann der Beklagte nicht mehr geltend machen, wenn er die Klageberechtigung nicht unverzüglich aus diesem Grunde bestritten hat. Ist der Mangel in der Klagebeantwortung nicht gerügt, so ist die in der nächsten mündlichen Verhandlung erhobene Rüge nicht mehr rechtzeitig (86).

§§ 112, 113. Die „Ermächtigung“ der §§ 112, 113 stellt sich ihrem Wesen nach dar als die auf einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften beschränkte Ausstattung des Minderjährigen mit der dem gesetzlichen Vertreter als solchem zustehenden Macht; sie ist keine Art partielle Volljährigkeitserklärung. Die Ermächtigung kann auch stillschweigend erfolgen, vor allem im Falle des § 113 dürfte sie regelmäßig nur aus den konkreten Umständen ersichtlich sein. Pfaefflin, Gruchots Beitr. **48** 2ff.

§ 112. 1. a) Pfaefflin, Gruchots Beitr. **48** 5ff.: Unter „Erwerbsgeschäft“ ist jede dauernde, auf Erwerb gerichtete Unternehmung zu verstehen. Immer aber muß der Minderjährige Unternehmer sein, da, wenn er die Arbeit als ein in fremden Diensten Angestellter verrichtet, § 113 zutrifft (7). Die Unternehmereigenschaft wird nicht hervorgehoben von Planck.

b) Die Frage, ob die durch § 112 dem Minderjährigen gewährte Geschäftsfähigkeit, sich auch auf das erstreckt, was der Minderjährige zu seinem Lebensunterhalt braucht, wird von Pfaefflin a. a. O. 10ff. gegen Rehbein I 113 verneint, weil der Wortlaut der Gesetzesstelle eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit auf die Geschäfte des täglichen Lebens, welche dem Erwerbsgeschäfte mittelbar dienen mögen, nicht zulasse, eine extensive Auslegung des § 112 aber unstatthaft sei (11). Dasselbe gilt auch für den Fall des § 113 (15). Vgl. über diese Frage JDR. **1** Ziff. 3 zu § 112.

2. Schefold, AzivPr. **94** 305ff.: Wenn ein minderjähriges Kind im Rechtsverhältnisse des § 112, also im selbständigen Betrieb eines bewilligten Erwerbsgeschäfts, einen Erwerb macht, so ist dieser an sich der elterlichen Verwaltung unterworfen; wenn aber die Verfügung über diesen Erwerb selbst wieder zu dem im § 112 bezeichneten Rechtsgeschäften gehört, z. B. die Verfügung über das Betriebskapital, so ist insoweit der Erwerb, weil der Verfügungsmacht des Kindes unterworfen, in gleichem Maße der elterlichen Nutznießung entzogen. Im gleichen Umfange (der Verfügungsmacht des Kindes) ist zur Prozeßführung nur das Kind befugt und nicht der gesetzliche Vertreter. Vgl. auch Pfaefflin, Gruchots Beitr. **48** 12.

3. Die Tätigkeit des Schauspielers ist als selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nicht anzusehen, vielmehr steht auch er in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse des § 113. Marwitz, Bühnenengagementsvertrag 16. Ebenso Pfaefflin, Gruchots Beitr. **48** 7ff. A. M. Rehbein I 113.

§ 113. I. Abs. 1. 1. Lotmar, Arbeitsvertrag 166: a) Zu den Rechtsgeschäften, welche die „Erfüllung der sich aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse der gestatteten Art ergebenden Verpflichtungen betreffen“, gehört der Vollzug der Vergütung, also die Mitwirkung bei demselben, die Empfangnahme (vgl. Pfaefflin, Gruchots Beitr. **48** 14). Nicht genannt sind die Erfüllungsgeschäfte im Abs. 4. Es kann jedoch nicht fraglich sein, daß sowohl die zweifellos nur für den einzelnen Fall erteilte Einwilligung zur Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses, wie die im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung derartiger Verhältnisse geltende Einwilligung des Vertreters den Minderjährigen auch zur Empfangnahme der Vergütung ermächtigt, als zu einem

Rechtsgeschäfte, das die Erfüllung der aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnisse folgenden Verpflichtung betrifft, denn die Ermächtigung „zur Eingehung von Verhältnissen" ist Ermächtigung, „in Dienst oder in Arbeit zu treten" und damit auch zu den Erfüllungsgeschäften (vgl. auch 252 ff. a. a. O.).

b) § 113 begreift auch den Fall, wo der Minderjährige bei seinem gesetzlichen Vertreter „in Dienst oder in Arbeit" tritt. Indem der Vater, dem die elterliche Gewalt zusteht, mit dem über 7 Jahre alten minderjährigen Kinde kontrahiert, gibt er demselben die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder erteilt als gesetzlicher Vertreter dem Kinde die Ermächtigung, in Dienst oder in Arbeit zu treten (258).

c) Die Worte „in Dienst oder Arbeit treten" umfassen auch die Eingehung oder Vollziehung eines Werkvertrags, da der Werkvertrag nach dem BGB. als ein Typus von Arbeitsvertrag zu gelten hat, bei dem es auf den Beruf der Kontrahenten nicht ankommt, der vielmehr durch den ihm vom Gesetze beigelegten Namen als Typus gekennzeichnet ist (273).

2. Pfaefflin a. a. O. 9: a) Die Eingehung von Dienstverträgen öffentlichrechtlicher Natur bildet nie den Gegenstand der Ermächtigung nach § 113. Eine analoge Anwendung ist bei der Ausnahmenatur der §§ 112, 113 ausgeschlossen.

b) Gegen Rehbein, BGB. I 114 nimmt Pfaefflin a. a. O. 14 ff. an, daß der Minderjährige nach § 113 die Abrede einer Vertragsstrafe treffen könne, indem diese sehr wohl als ein Rechtsgeschäft aufzufassen sei, das im Sinne des § 113 die Eingehung oder Aufhebung eines Dienstverhältnisses betreffe. Das Rechtsgeschäft brauche nämlich nicht allein die Übernahme von Dienstleistungen zum Gegenstande zu haben, sondern könne auch die Verpflichtung zum Diensteintritte verschärfende Nebenabreden in sich schließen.

3. Sigel, Arbeitsvertrag 24: Die im § 113 Abs. 1 Satz 2 erwähnte Ausnahme bezieht sich nur auf den Fall, wenn die Ermächtigung dem Minderjährigen von einem Vormunde nicht wenn sie ihm von seinem Vater oder der an seine Stelle tretenden Mutter zu erteilen ist. Vgl. §§ 1822 Ziff. 6 u. 7, 1643, 1684.

II. Abs. 2. Sigel, Arbeitsvertrag 25. Solange der gesetzliche Vertreter die Ermächtigung nicht nach § 113 Abs. 2 zurückgezogen hat, kann er bezüglich des Arbeitsverhältnisses keine Vertretungsmacht für den Minderjährigen üben, insbesondere nicht in seinem Namen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag im Wege der Klage geltend machen; ebenso jetzt auch Wilhelmi-Bewer, Komm. z. Gew.Ger.Gesetz Anm. 5 zu § 4, GewGericht Frankfurt a. M., GewGer. **7** 93.

III. Abs. 4. Eine allgemeine Ermächtigung im Sinne des § 113 Abs. 4 ist in dem Antrage, bzw. der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Ausstellung eines Arbeitsbuchs (§ 108 GewO.) zu erblicken (a. M. Landmann-Rohmer, Komm. zur GewO. Anm. 1 zu § 107). Den Widerspruch zwischen § 113 BGB. u. § 108 GewO. wird man nur mit der Annahme beseitigen können, daß der § 113 BGB. durch den § 108 GewO. bezüglich des Ersatzes der Ermächtigung und der Zuständigkeit der hierzu berufenen Behörden modifiziert wird. Sigel 26.

Dem Schauspieler kann eine allgemeine Ermächtigung im Sinne des § 113 erteilt werden. Marwitz, Bühnenengagementsvertrag 17 f.

IV. Aus der Praxis.

a) PrOVG. **43** 424 ff., DJZ. **03** 431: Die Einschränkung der Ermächtigung seitens des gesetzlichen Vertreters kann sich sowohl auf die Person des Dienstherrn, mit dem ein Dienstvertrag eingegangen werden darf, als auch auf die Zeitdauer des Dienstverhältnisses und auch auf den sonstigen Inhalt des Dienstvertrags beziehen (425). Eine derartige Einschränkung der erteilten Ermäch-

tigung der Dienstherrschaft mitzuteilen, ist der gesetzliche Vertreter nicht verpflichtet (426). Soweit der Dienstvertrag einer vorbehaltenen Einschränkung zuwiderläuft und nicht von dem gesetzlichen Vertreter nachträglich, wenn auch nur stillschweigend, genehmigt worden ist, entbehrt er der Rechtsgültigkeit selbst dann, wenn bei dem Vertragsschlusse der Minderjährige — für den dadurch eine Verpflichtung zum Schadenersatze begründet sein kann — unwahre Angaben über die ihm erteilte Ermächtigung oder deren Einschränkung gemacht hat (427).

b) OLG. Colmar, R. **03** 102 Nr. 440: Der vom gesetzlichen Vertreter zum Eintritt in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis ermächtigte Minderjährige ist befugt, das von ihm angetretene Dienstverhältnis zu lösen und ein anderes gleichartiges einzugehen, auch für den Fall der Übertretung eines Konkurrenzverbots sich einer Konventionalstrafe zu unterwerfen. Selbst ein im Auslande zu erfüllendes Dienstverhältnis darf er dann eingehen, wenn er schon vorher mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters in ähnlicher Stellung im Auslande tätig war.

§ 114. OLG. Frankfurt, R. **03** 127 Nr. 607: Die Rechtsfolge des § 114 tritt erst mit dem Zeitpunkt ein, in dem die Entmündigung in Wirksamkeit tritt. Eine bereits vorher vorhandene Geistesschwäche macht den damit Behafteten nicht beschränkt geschäftsfähig.

Zweiter Titel.
Willenserklärung.

Vorbemerkung: Auch im Berichtsjahre nimmt ebenso, wie im ersten Jahrgange die Darstellung der Lehre von der Anfechtung wegen Irrtums (§§ 119 ff.) einen breiten Raum ein. Aus der Literatur sind besonders hervorzuheben die eingehenden Abhandlungen von Danz und Schloßmann. Ob die letztere den von dem Verfasser beabsichtigten Einfluß auf die Praxis ausüben wird, kann wohl mit Recht bezweifelt werden. Auch die Praxis hat sich vielfach mit den „Eigenschaften der Person und der Sache" zu beschäftigen gehabt (s. Ziff. IV 2 zu § 119) und dem **RG.** haben wir die scharfe Abgrenzung zwischen dem Irrtume über den Inhalt der Erklärung und dem Irrtum im Beweggrund zu verdanken (s. Ziff. IV 1c zu § 119). Eine interessante, das Grenzgebiet zwischen dem materiellen Recht und dem Prozeßrecht behandelnde Kontroverse ist diejenige über die Anfechtung im Prozeß (s. Ziff. 2 zu § 143). — Mit dem § 138, der in alle Gebiete des Rechts mit entscheidender Wirkung einzugreifen geeignet ist, hat die Praxis sich vielfach zu befassen gehabt; die einzelnen unter Ziff. 6 zu § 138 aufgeführten Entscheidungen, zeigen in ihrer Mannigfaltigkeit am besten wie gut das Gesetz daran getan hat, daß es mit diesem Blankettbegriff der guten Sitten dem Richter die Möglichkeit gegeben hat, den Gesamtcharakter eines Geschäfts in das Auge zu fassen und auf seine etwaige Richtigkeit hin zu prüfen.

Literatur: Abraham, Aufrechnung u. Eingriffsrechte in der Vollstreckungsinstanz Berlin, 1903. — Alexander, Der Begriff der Unwirksamkeit im BGB., Berlin 1903. — Breucha, Über die Zulässigkeit der Anfechtung gemäß § 119 beim Vorhandensein von Mängeln an gekauften Haustieren der im § 481 erwähnten Art. WürttJ. **15** 253 ff. — Danz, Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB. Iherings J. **46** 381—480. — Eltzbacher, die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht I, Berlin 1903. — Heilborn, Was bedeutet „Sache" im § 119 Abs. 2 BGB. Gruchots Beitr. **46** 791—805. v. Hugo, D. Vorschriften d. BGB. über die Schriftform, die öffentl. Beglaubigung u. die gerichtl. u. notarielle Beurkundung usw., Hannover 1903. — Josef, Die Unterzeichnung mit einem anderen als dem richtigen Familiennamen. AzivPr. **94** 465—477. — Oertmann, Rechtsirrtum im bürgerl. Recht. SeuffBl. **67** 1 ff. — Schlottmann, Die Anfechtbarkeit n. röm. Recht u. n. d. BGB. — Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften d. Person u. d. Sache n. d. BGB., Jena 1903 Bd. 9 Heft 3 d. Fischerschen Abhandlungen. — Schneider, Anfechtung wegen Irrtums im Laufe des Prozesses. Buschs Z. **31** 271—292. — Wlassak, D. Rechtsgeschäft u. d. Verhältnis des Willens zur Erklärung n. d. BGB. Gellerts Zentrbl. **20** 273 ff. — Wedemeyer, Aus-

legung und Irrtum in ihrem Zusammenhange, Göttingen 1903. — Werner, Irrtumsanfechtung u. Scheinerklärung. R. **03** 500.

Zu §§ 116 ff. I. 1. Wesen der Willenserklärung. Die Willenserklärung ist eine maßgebende private Willensäußerung, d. h. a) rechtmäßiges Privatverhalten im Gegensatze zu allem amtlichen Verhalten, b) Handlung im Gegensatze zum rein inneren Verhalten, c) Äußerung im Gegensatze zu den Handlungen ohne Äußerungsgehalt, d) Willensäußerung im Gegensatze zu den Gefühls- und Vorstellungsäußerungen, e) maßgebende, ihre Rechtsfolge durch ihren Inhalt bestimmende Willensäußerung im Gegensatze zu den unmaßgeblichen Willensäußerungen. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 126/157.

2. Die nichtige Willenserklärung ist keine Willenserklärung. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 151/152.

3. Wille und Willenserklärung. Nach dem BGB. knüpft sich die Rechtsfolge der Willenserklärung im allgemeinen an die bloße Erklärung. Wegen Fehlens des erklärten Willens ist die Willenserklärung nur in einem einzigen Falle nichtig (BGB. § 116), in einigen anderen Fällen anfechtbar (BGB. §§ 119, 120). In den weiteren allgemein hierher gerechneten Fällen (BGB. §§ 117, 118) fehlt nicht der erklärte Wille, sondern bereits der Erklärungswille, es ist also überhaupt keine Erklärung vorhanden. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 155/156.

4. Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung. Jene ist absichtliche Willenserklärung: bei ihr ist der Ausdruck eines bestimmten Wollens Zweck unseres Handelns; diese ist nur vorsätzliche Willenserklärung: unser Handeln verfolgt irgendeinen anderen Zweck, wir sind uns aber bewußt, daß es auch einen bestimmten Willen zum Ausdrucke bringt. Erst abgeleitet hieraus ist der Unterschied, daß die ausdrückliche Willenserklärung in der Regel durch Worte oder sonstige übliche Zeichen erfolgt, die stillschweigende durch irgendwelche andere Mittel. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 139/140.

5. Arten der Willenserklärung. a) Selbständige Willenserklärungen. Sie gehen einfach darauf, daß eine bestimmte Rechtsfolge eintreten soll. Beispiel: Die Kündigung eines Dienstverhältnisses; b) Unselbständige Willenserklärungen. Sie gehen nur darauf, daß durch sie selbst in Verbindung mit anderen Willenserklärungen eine bestimmte Rechtsfolge eintreten soll. Beispiel: Die zu einem Vertrag oder Gesamtakte gehörigen Willenserklärungen. c) Abhängige Willenserklärungen. Sie gehen überhaupt nicht unmittelbar auf eine bestimmte Rechtsfolge, lehnen sich vielmehr an andere Tatsachen an, die ihrerseits die Rechtsfolge bestimmen. Beispiel: Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschließung.

6. Neben den Willenserklärungen steht das mannigfache rechtmäßige Verhalten, das nicht Willenserklärung ist. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 157/161.

Für dieses Verhalten ist die Bezeichnung „Rechtshandlungen" nicht brauchbar, denn a) werden in unseren Gesetzen, z. B. im Anfechtungsgesetz, auch die Willenserklärungen als Rechtshandlungen bezeichnet, b) ist dieses Verhalten gar nicht immer Handlung, sondern vielfach rein inneres Verhalten. Auch Ausdrücke wie „Willensverwirklichungen", „Willensbetätigungen", „reale Willensäußerungen", „Realakte" sind nicht zutreffend. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 158/159. ➞ Eltzbacher selbst schlägt den Ausdruck „unmaßgebliches Verhalten" vor, läßt ihn aber nach Gierkes Einwendungen, Goldschmidts Z. **55** 311/312, als ebenfalls ungenau fallen. Es dürfte schwer sein, für das gesamte rechtmäßige Verhalten, das nicht Willenserklärung ist, eine kurze zusammenfassende Bezeichnung zu finden. ⟵ — Das rechtmäßige Verhalten, das nicht Willenserklärung ist, zerfällt nach seiner immer entfernteren Verwandtschaft mit der Willenserklärung in fünf

Arten: a) Unmaßgebliche private Willensäußerungen, z. B. Drohungen, Weigerungen, Gesuche, Verbote. b) Private Gefühls- und Vorstellungsäußerungen, z. B. Verzeihung, Behauptungen, Mitteilungen. c) Private Handlungen ohne Äußerungsgehalt, z. B. Ergreifung und Aufgebung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache, Einwirkung auf eine Sache, Gegenwart der Zeugen bei einem Rechtsgeschäft, Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft. d) Privatverhalten rein seelischer Art, z. B. Kenntnis und Unkenntnis einer Tatsache, Entdeckung eines Schatzes, der Wille des Geschäftsherrn, daß ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder nicht vorgenommen werden soll. e) Amtliches Verhalten, z. B. das richterliche Urteil, die obrigkeitliche Genehmigung einer gewerblichen Anlage, die gerichtliche Beurkundung eines Vertrags, die Wegnahme einer Sache durch den Gerichtsvollzieher, die Bereitwilligkeit des Standesbeamten zur Entgegennahme der Eheschließungserklärungen. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 176/256.

II. Wird eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung durch eine Prozeßhandlung (z. B. Klagerhebung) abgegeben, so ist das weitere Schicksal dieser Prozeßhandlung für die rechtsgeschäftliche Funktion derselben ohne Bedeutung. Die durch Klagerhebung abgegebene Willenserklärung bleibt wirksam, auch wenn die Klage angebrachtermaßen abgewiesen oder zurückgenommen wird. Wedemeyer, Auslegung und Irrtum 52—61.

III. de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 92 f., 138 ff. fordert neben dem im Einzelfalle zu engen Begriffe der „Empfangsbedürftigkeit" der Willenserklärungen denjenigen der „vernehmungsfähigen" Willenserklärungen, d. h. solcher, bei denen die Kenntnisnahme wesentlich ist, letzterer aber nur die durch den Destinatär vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte Verhinderung derselben gleichsteht. Vgl. o. Note 3 zu § 104 und u. Ziff. 1 a. E. zu § 130.

IV. 1. Terminologisch bemerkt Wlassak, ÖstrZBl. **20** 273 ff., daß das logische Verhältnis der Überschrift des zweiten Titels „Willenserklärung" zu der Überschrift des ganzen Abschnitts „Rechtsgeschäfte" nicht anders bestimmt werden kann, als dahin, daß mit der „Willenserklärung" ein Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts bezeichnet werde. Demnach wird man sagen dürfen: im Sinne des BGB. verlangt das Rechtsgeschäft mindestens eine Willenserklärung (274).

2. Willenserklärung im Sinne des BGB. ist jede Willensäußerung, gleichviel, ob sie den Zweck hat, einem anderen etwas klar zu machen oder nicht. Daher sind z. B. die Aneignung und die Dereliktion beweglicher Sachen Rechtsgeschäfte, obgleich sie eine auf Kenntnisnahme seitens anderer berechnete Willensäußerung nicht erfordern. Nicht daß der Erklärung ein auf die Erklärungszeichen (die Rede, Schrift, Geberden) gerichteter Wille zugrunde liegt, macht sie zur „Willenserklärung", vielmehr darf sie als solche nur anerkannt werden, wenn ihr eine auf den Rechtserfolg — unmittelbar oder mittelbar, mehr oder minder deutlich — gerichtete Absicht zutage tritt. Durch die Annahme dieser Deutung des gesetzlichen Stichworts ist dem Begriffe des Rechtsgeschäfts eine feste, nicht leicht verkennbare Grenze gezogen. Deutlich ausgeschlossen sind hierdurch insbesondere die zahlreichen im BGB. teils zugelassenen, teils vorgeschriebenen Erklärungen zur Kenntnisnahme, die Anzeigen, Mitteilungen, „Vorstellungsmitteilungen", denen Rechtsfolgen eignen ohne Rücksicht darauf, ob sie vom Erklärenden beabsichtigt sind, z. B. die §§ 171, 409, 576 (274).

Über die Frage, welche Stellung das BGB. zu dem Problem eingenommen hat, was im Falle eines Zwiespalts zwischen dem Willen und der Erklärung zu gelten habe, führt Wlassak a. a. O. 270 ff. aus: Man wird wohl sagen dürfen, daß sich die Anordnungen des § 119 über den Geschäftsirrtum ebenso aus dem Willensdogma ableiten lassen, wie die Bestimmungen der §§ 117 und

118. Dagegen wäre es verfehlt, darüber hinaus von der Willenstheorie Gebrauch zu machen, um Fragen zu entscheiden, die das Gesetz nicht besonders beantwortet, und verfehlt wäre es auch, als Stütze den § 133 zu benützen, der freilich ohne Nachteil mit dem alten HGB. hätte verschwinden können (vgl. auch Leonhard, JDR. **1** Ziff. 2 vor § 116).

V. Gegen die Definition der Willenserklärung als eines den Schluß auf den Willen zulassenden Verhaltens s. Breit, Geschäftsfähigkeit 150 ff.

VI. Über die in der Unterzeichnung einer Vertragsurkunde liegende Willenserklärung handelt OLG. **6** 31 (Dresden). Über Unterzeichnung ohne Kenntnis des Inhalts und eine solche, die erfolgt mit dem Willen, um einen Teil des Inhalts zu billigen, s. daselbst 32.

§ 116. **RG.** JW. **03** Beil. 21: Eine Willenserklärung, die abgegeben ist, um die andere — kranke — Partei zu beruhigen, kann vom Erklärenden deshalb, weil er das Erklärte insgeheim nicht gewollt habe, nicht angegriffen werden.

§ 117. 1. Das Einverständnis ist im Sinne des BGB. etwas anderes als Einwilligung, Einigung und Vereinbarung. Während bei diesen letzten sich die Rechtsfolge an Willenserklärungen knüpft, ist beim Einverständnisse schon das bloße Wollen rechtswirksam. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 246/247, 232/235, 244/245.

2. Fiduziarische Rechtsgeschäfte.

a) OLG. Naumburg, SeuffA. **58** 237: Die Gültigkeit der sogenannten fiduziarischen Rechtsgeschäfte ist auch unter neuem Rechte nicht zu bezweifeln, es ist aber bei denselben besonders scharf zu prüfen, ob objektiv die Erfordernisse, z. B. eines Kaufvertrags vorliegen, (vgl. auch JDR. **1** Ziff. 5 zu § 930).

b) **RG.** R. **03** 152 Nr. 738: Ein mit fiduziarischen Verbindlichkeiten erworbenes Eigentum mag in rein materiellem Sinne als beschränkt erscheinen; rechtlich ist es unbeschränkt und neben dasselbe tritt, als selbständige obligatorische Verbindlichkeit, die durch einen besonderen Vertrag geschaffene Verbindlichkeit des Eigentümers, die Sache als ein ihm anvertrautes Gut in Händen zu haben.

3. Über ein Scheingeschäft, das zugleich ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, handelt **RG.** JW. **03** 63: A kauft ein Geschäft mit Kenntnis des Verkäufers zum Schein für B und führt das Geschäft für Rechnung des letzteren, aber im eigenen Namen weiter.

§ 118. Die Nichternstlichkeit braucht nicht erkennbar zu sein. Breit, Geschäftsfähigkeit 148.

§ 119. I. 1. Laubhardt, DJZ. **01** 349 ff.: Das Recht, eine Erklärung auf Grund des § 119 wegen Irrtums anzufechten, kommt nicht zur Entstehung, wenn das auf Grund der Erklärung Geleistete dem wahren Willen des Erklärenden zur Zeit der Erklärung entspricht. Mit anderen Worten: Der Erklärende muß sich das als Erfüllung gefallen lassen, was er als Erfüllung gelten lassen müßte, wenn er seine Erklärung ohne Irrtum abgegeben hätte, sofern nicht seit der Erklärung infolge des Irrtums eine Veränderung der Umstände eingetreten ist, die die Ablehnung der angebotenen Erfüllung begründet erscheinen läßt (350). (Vgl. Gradenwitz JDR. **1** Ziff. 1.)

2. Irrtum über Rechtsfolgen: Oertmann, SeuffBl. **67** 29 ff. erörtert die Frage, ob auch der Irrtum über die für das Rechtsgeschäft maßgebenden Rechtssätze unter Umständen zur Anfechtung aus § 119 führen kann. Gegen Hölder und Rehbein, der meint, der Irrtum über die Rechtsfolgen beträfe nicht den Inhalt der Erklärung, bejaht er die Frage: Unter „Inhalt" kann nur die inhaltliche Tragweite der Erklärung verstanden werden; es handelt sich um die Fälle, bei denen Zitelmann in

seinem bekannten Werke vom „Irrtum über die Folgen des Tuns" spricht. Über die inhaltliche Tragweite aber irre ich mich sicher auch dann, wenn ich infolge Mißverständnisses der dafür maßgebenden Rechtssätze dem abzuschließenden Akte in Gedanken eine wesentlich andere Tragweite beimesse, als er in Wahrheit zeitigt. Das wird keinen Widerspruch hervorrufen für den Fall, wenn ich den von mir für wahr gehaltenen Inhalt der fraglichen Rechtssätze als lex contractus in meiner Erklärung wiederholt habe. Aber man darf dabei schwerlich stehen bleiben, wenn man nicht in einen unbefriedigenden Formalismus geraten will. Sicherlich ist es ein — in der Regel wesentlicher — Irrtum über den Inhalt der Erklärung, wenn ich meinen Namen unter eine Erbvertragsurkunde setze, die ich irrtümlich für eine Testamentsurkunde halte. Aber steht es dem nicht für die psychologische Beurteilung, die reale Bedeutung des Irrtums völlig gleich, wenn ich den als solchen erkannten, aber irrig für widerruflich gehaltenen Erbvertrag unterschreibe? (30).

Hölder verneint die Frage, weil der Wille über die rechtlichen Folgen nicht disponieren könne. Oertmann gibt zu, daß der Parteiwille den zwingenden Rechtssätzen gegenüber machtlos ist, meint aber trotzdem, daß sogar der Irrtum über einen Satz des zwingenden Rechtes zur Anfechtung führen könne, da es ja doch dem freien Belieben des Erklärenden unterstand, ob er das Geschäft schließen wollte, und es den Willen „denaturieren" hieße, wenn man den Erklärenden bei einer Erklärung unter allen Umständen festhalten wollte, über deren juristischen Feingehalt er infolge seiner falschen Vorstellung von der Bedeutung der maßgebenden Rechtssätze gröblich geirrt hatte.

Ebenso wie Oertmann auch Danz, Iherings J. **46** 431 ff.: Zum „Inhalte der Erklärung" gehören auch die durch die ergänzenden Normen des Gesetzes oder der Verkehrssitte erzeugten Rechtsfolgen, denn der Inhalt einer Willenserklärung des § 119 besteht eben darin, daß sie — als rechtsgeschäftliche Willenserklärung — auf dem Rechtsgebiete die Wirkungen erzeugt hat, welche das Gesetz daran knüpft (440, 445, 447).

A. M. **RG. 51** 283, welches ausführt, ein Irrtum über die Rechtsfolgen eines Geschäfts schließt aus von einem Irrtum im Beweggrund, über den Inhalt oder den Gegenstand des Geschäfts zu sprechen (s. JDR. **1** Ziff. 18 a. E. zu § 119).

3. Danz, Iherings J. **46** 381 ff.: In jedem Falle, wo eine Partei einen Irrtum behauptet und deshalb das vorliegende Rechtsgeschäft anfechten zu wollen erklärt, hat der Richter von Amts wegen zunächst nach den Normen über die Auslegung die durch die Willenserklärungen der Parteien im konkreten Falle entstandene Rechtsfolge festzustellen, um danach beurteilen zu können, ob der Anfechtende über den Inhalt seiner Erklärung wirklich im Irrtum gewesen war, also überhaupt anfechtungsberechtigt ist (476). Auch ist von Amts wegen zu untersuchen, ob überhaupt von Anfang an ein gültiges Rechtsgeschäft vorliegt oder nicht, da in allen Fällen, wo ein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt, die Vorschriften über den Irrtum überhaupt nicht Anwendung finden können (409).

4. Anfechtung einer vertragsmäßigen Abrechnung. Regelsberger, Iherings J. **46** 23 ff.: Ist das Abrechnungsgeschäft mit rechtlichen Mängeln behaftet, so unterliegt es der Anfechtung. Der Anfechtungsgrund kann dem Rechtsgeschäft im ganzen entnommen sein oder der Beschaffenheit einer einbezogenen Post oder der Außerachtlassung einer einzubeziehenden (23). Wenn sich in die Abrechnung beim Zusammenzählen oder Abziehen ein Rechnungsfehler eingeschlichen hat, so darf man diesen nicht dem Schreibverstoß in einer Willenserklärung gleichstellen und dem § 119 Abs. 1 unterstellen. Der Rechnungsfehler

wird nicht von einer Partei begangen, sondern von beiden, denn die Berechnung kann und soll jede Partei vollziehen. Unterläßt der Rechnungsempfänger die Nachrechnung, indem er der Richtigkeit der ihm übersandten Berechnung traut, so liegt kein Grund vor, ihn in diesem Vertrauen zu schützen. Es besteht sonach für die Geltendmachung eines Rechnungsverstoßes an sich keine Frist (24).

Wenn in der Abrechnung einer Partei ein Posten gutgebracht ist, der in Wirklichkeit nicht bestand, und wenn in Unkenntnis davon die Abrechnung anerkannt wurde, so liegt kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vor; denn der Anerkennende hat mit seinen Worten den Sinn verbunden, den sie nach den Sprachregeln ergeben. Noch viel weniger hat er sich im Ausdrucke vergriffen, so daß ihm andere Worte entschlüpft sind, als er gebrauchen wollte. Die irrtümliche Annahme, die eingesetzte Post bestehe, war für ihn nur Beweggrund, die Anerkennung auszusprechen. Auf § 119 kann daher die Anfechtung nicht gegründet werden.

5. Hedemann, Der Vergleichsirrtum nach dem BGB. 96: Besonderheiten gegenüber dem § 119 enthält bezüglich des Irrtums der § 779. Keineswegs dürfen beide Paragraphen als gleichartig behandelt werden. Während § 119 wirklich vom „Irrtum" spricht und damit von der innerlichen Seite der vorliegenden Abnormität, behandelt § 779 das Nichtübereinstimmen mit der objektiven Wirklichkeit, d. h. die äußere Seite. Näheres über das Verhältnis des „Irrtums im Sinne des § 779" zu dem „Irrtum im Sinne des § 119" a. a. O. 108ff. s. u. zu § 779.

6. Auch der Irrtum über den Inhalt oder das Vorhandensein einer Verkehrssitte ist beachtlich. Wedemeyer, Auslegung und Irrtum 20—36.

7. Die Erkennbarkeit des Irrtums ist, soweit es sich um die Gültigkeit der Erklärung und nicht um die Entschädigungspflicht handelt, ohne Einfluß. Breit, Geschäftsfähigkeit 153.

II. Abs. 1. 1. Irrtum des Bieters im Zwangsversteigerungsverfahren. Lindemann, Gruchots Beitr. **48** 97ff.: Die Anfechtung eines im Termine zur Zwangsversteigerung abgegebenen Gebotes wegen Irrtums, weil z. B. der Bieter angenommen hat, die nach der Feststellung des geringsten Gebotes bestehen bleibenden Rechte seien als in die gebotene Summe miteingerechnet anzusehen, erfolgt, da es sich um eine dem Vollstreckungsgerichte gegenüber abzugebende Willenserklärung handelt, durch Erklärung gegenüber dem Vollstreckungsgerichte (§ 143 Abs. 4). Hält der Vollstreckungsrichter die Anfechtung für begründet, so ist das Gebot als unwirksam zurückzuweisen. Auch Reinhard, ZBlFrG. **3** 146/147 vertritt die Ansicht, daß eine Anfechtung aus § 119 nur zulässig, solange die Beschwerdefrist noch nicht abgelaufen ist.

Darüber, daß nach Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses eine Anfechtung des Meistgebotes und damit des Erwerbes auf Grund des Zuschlags im Prozeßweg ausgeschlossen ist, vgl. **RG. 54** 308ff.

2. Kritik der Bestimmung des Abs. 1.

a) Wlassak a. a. O. 280 hält den Text für mißlungen und meint, daß ein Leser, der nicht vorher unterrichtet ist, schwerlich erraten dürfte, auf welchen Tatbestand die Worte: „Wer eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte", zielen. Nach Belehrung durch die Protokolle ergebe sich folgende Umschreibung: Unterschieden sind zwei Fälle des Geschäftsirrtums: entweder ist schon die Erklärungshandlung als solche, z. B. das gebrauchte Wort nicht gewollt (Fall der Abirrung); oder die Erklärungshandlung ist so, wie sie hervortrat, beabsichtigt, allein der Erklärung kommt nach der Auffassung ihres Urhebers ganz oder zum Teil ein anderer Sinn zu, als nach der maßgebenden Lebenssitte anzunehmen ist (Irrtum über den Erklärungsinhalt).

b) Sokolowski, Sachbegriff und Körper 327 ff.: Im Vergleiche zu früheren Gesetzbüchern bildet § 119 einen wesentlichen Fortschritt. Absatz 1 formuliert das subjektive Kriterium mit aller wünschenswerten Klarheit. Als notwendiger Schluß dieser Fassung ergibt sich die richtige Folgerung des BGB., wonach der Irrtum keine Nichtigkeit, sondern bloße Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts nach sich zieht (327). Bei vollster Anerkennung des Absatz 1 können wir nicht umhin, den Absatz 2, da wo er steht, für eine inhaltlose und daher überflüssige Phrase zu erklären. So gut er in ein Handelsgesetzbuch paßte, so wenig entspricht er dem Geiste und Inhalt eines allgemeinen Zivilkodex. Er ist geeignet, die Einfachheit und Klarheit der Vorschriften zu trüben. Es werden der Nachwelt Gesetzesworte überliefert, bei denen wir uns schon heute nichts Bestimmtes vorstellen, und die durch ihre Inhaltlosigkeit die Einfachheit und Klarheit der Vorschriften trüben. Wenn wir aber den irreführenden Hinweis auf die sogenannten wesentlichen Eigenschaften verwerfen, so ist damit noch nicht gesagt, daß wir die Qualität überhaupt für gleichgültig halten. Ganz im Gegenteile sind nach unserer empirischen Sachbestimmung die Eigenschaften das Ding selbst, oder dasjenige, was das Ding zwar nicht an sich, wohl aber für uns, d. h. für das Subjekt ist (328).

III. Abs. 2. 1. Verkehrswesentliche Eigenschaften der „Person" und der „Sache": a) Schloßmann a. a. O. 82 ff. wendet sich gegen die Ausführungen Lenels a. a. O. 20 ff. (vgl. IDR. 1 Ziff. 3), der eine bestimmt umschriebene Kategorie von Eigenschaften als die im Verkehre für wesentlich angesehenen aus dem Gesamtgebiete der Eigenschaften, die einer Person überhaupt nur zukommen können, ausscheidet, indem er diejenigen, die in den Vertragsinhalt hineingezogen zu werden pflegen, für verkehrswesentlich, andere dagegen, bei denen dies regelmäßig nicht geschehe, für nicht verkehrswesentlich erklärt, und hält diese Unterscheidung für willkürlich (83). Er glaubt, daß hier auf folgendem Wege eine einigermaßen gerechte Beschränkung des Anwendungsgebiets des § 119 Abs. 2 erreicht werden könne: Neben dem § 119 Abs. 2 finden sich im BGB. Normen, deren Tatbestände, wie hier, einen Irrtum über die Person als Voraussetzung für eine dem Irrenden zu gewährende Hilfe einschließen und sich zum Teil mit dem allgemeinen Tatbestande des § 119 Abs. 2 decken. Der Richter wird in diesen Fällen die unbilligen Konsequenzen des § 119 Abs. 2 dadurch abwenden können, daß er in der hier vorhandenen Konkurrenz von Normen der spezielleren den Vorzug vor der allgemeinen des § 119 Abs. 2 einräumt. So werden die dem § 119 Abs. 2 seiner sprachlichen Bedeutung nach unterstehenden Tatbestände zum Teil durch § 123 mitbetroffen, und durch ihre ausschließliche Unterstellung unter die Herrschaft des § 123 würde eine nicht geringe Zahl von Fällen von der Herrschaft des § 119 Abs. 2 befreit (86). In vielen Verhältnissen werden gewisse persönliche Eigenschaften des einen der Beteiligten allgemein als so wesentlich angesehen, daß jeder, der ein solches Verhältnis eingeht, annehmen muß und wird, daß der andere das Vorhandensein jener Eigenschaft an ihm ohne weiteres voraussetzt. Fehlt ihm diese Eigenschaft und macht er den anderen auf deren Fehlen nicht aufmerksam, so kann man hierin eine durch „Unterdrückung einer wahren Tatsache" verübte arglistige Täuschung sehen, die nach § 123 zur Anfechtung berechtigt, und nach dem vorhin aufgestellten Prinzipe werden wir die Fälle von Irrtümern über solche Eigenschaften ausschließlich an dem Maßstabe des § 123 zu messen haben, so daß, wo nicht ein durch arglistige Täuschung erzeugter Irrtum vorliegt, auch eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 ausgeschlossen bleiben muß (87). Dagegen will Grueber (s. IDR. 1 Ziff. 3 zu § 123) in solchen Fällen Anfechtung aus § 119 wie auch aus § 123 zulassen.

Schloßmann a. a. O. 8 ff.: § 119 Abs. 2 spricht von Irrtum über Eigenschaften der Person oder der Sache. Diese Worte sind, was die Sache anlangt, nach § 90 allein auf körperliche Gegenstände zu beziehen, nicht auch auf Rechte, auf Handlungen und Unterlassungen (a. M. Lenel a. a. O. 24 Anm. 1 und Heilborn unten unter b). Durch die Erwähnung „der" Person neben „der" Sache erscheint ausgeschlossen, daß § 119 Abs. 2 sich außer auf individuell bestimmte Personen oder Sachen auch auf Geschäfte über einen gattungsmäßig bestimmten Gegenstand bezöge (9). Da der Irrtum über Eigenschaften der Gattung aber stets in der Gestalt auftritt, daß das von dem Erklärenden zur Bezeichnung der Leistung wissentlich gebrauchte Wort sprachlich in Wahrheit eine Gattung von Sachen bezeichnet, die durch andere Eigenschaften charakterisiert sind, als er ihnen in seiner Vorstellung beilegt, verbindet sich mit ihm überall ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung und findet deshalb Abs. 1 Anwendung (64/65). Indem es hiernach nicht darauf ankommt, ob die Eigenschaften, die der Gattung fälschlich beigelegt werden, im Verkehr als wesentlich angesehen werden, ergibt sich eine sachlich durch nichts zu rechtfertigende Erleichterung der Anfechtung von Erklärungen bezüglich gattungsmäßig bestimmter Leistungen, die nur dadurch zu beseitigen, daß der Richter dem Abs. 1 des § 119 die Anwendung auf Irrtum über Eigenschaften der Gattung versagt und diesen dem Absatz 2 unterstellt, weil kein Grund vorliegt, ihn günstiger zu behandeln, als den Irrtum über Eigenschaften einer Spezies (66/67).

b) Heilborn a. a. O. 805: „Sache" im Sinne des § 119 Abs. 2 ist der Geschäftsgegenstand κατ' ἐξοχὴν, ist gleichbedeutend mit Geschäftsgegenstand. — Mit dem Begriff „Person" ist in erster Linie der (richtige) Empfänger der empfangsbedürftigen Willenserklärung, insbesondere beim Vertrage der andere Vertragsteil, sodann aber überhaupt Jeder zu verstehen, der zum Inhalt der Willenserklärung gehört, also z. B. auch der Dritte im Falle des § 328 Abs. 2, wenn er kein unmittelbares Recht erwerben soll.

c) Liebe, Das Bürgerliche Recht 255, Anm. 10: Kreditwürdigkeit wird, insbesondere unter Kaufleuten, in der Regel als wesentliche Eigenschaft der Person angesehen werden. Näheres hierüber besonders bei Türk, JDR. **1** 1 S. 70 Ziff. 17 zu § 119.

d) Unter die Eigenschaften der Person kann auch Unbeschränktheit der Geschäftsfähigkeit fallen. Breit, Geschäftsfähigkeit 311.

2. Über den Begriff der im Verkehr als „wesentlich" angesehenen Eigenschaft Schloßmann a. a. O. 9 ff.: In dem Satze, eine Eigenschaft, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird, bedeutet wesentlich soviel wie erheblich, wichtig. Eine Eigenschaft wird im Verkehr als wesentlich angesehen, heißt: sie wird als wichtig angesehen, es wird Wert auf sie gelegt (9). Ein Irrtum über solche Eigenschaften, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, liegt dann vor, wenn wir die den Gegenstand des Geschäfts bildende Sache einer bestimmten Gattung unterstellen, obwohl ihr die im Verkehr als für diese Gattung wesentlich angesehenen Eigenschaften nicht, wie wir irrtümlich annehmen, zukommen (12). Vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 119.

3. Identitätsirrtum: Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 443 ff. erblickt in dem Irrtum über die Identität einer Sache nichts anderes als einen Irrtum über Eigenschaften, indem er davon ausgeht, daß Eigenschaft einer Sache alles sei, was von einer Sache ausgesagt werden könne. Hiergegen wendet sich Schloßmann a. a. O. 71 ff.: Eigenschaft einer Sache kann, wie man diesen Begriff einmal allgemein versteht, niemals etwas genannt werden, was einzig und allein in unserer Vorstellung besteht, sondern nur etwas, was an der Sache selbst haftet oder — mit Recht oder Unrecht — als an ihr haftend geglaubt

wird (73). Nach weiteren, zum Teil philosophischen Auseinandersetzungen mit der Ansicht Zitelmanns gelangt Schloßmann (76) zu dem Ergebnisse: der Irrtum über die Identität ist nicht irrtümliche Unterstellung der Sache unter eine Gattung von Sachen, der sie nicht zugehört — Irrtum über Eigenschaften —, sondern irrtümliche Unterstellung eines Substrates unter die Eigenschaften einer Sache, das nicht Träger dieser, sondern der einer anderen Sache zukommenden Eigenschaften ist, mögen diese die beiden Sachen — bei vorhandener Gleichheit — als derselben, oder — bei bestehender Verschiedenheit der Eigenschaften — als verschiedenen Gattungen zugehörig erscheinen lassen (77). Für das bürgerliche Recht ergibt sich daher, daß der Identitätsirrtum nur dann dem § 119 Abs. 2 zu unterstellen ist, wenn er einen Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften veranlaßt hat. Soweit das nicht der Fall, kann er als rechtlich erheblich nur insofern in Betracht kommen, als er das Motiv zu einer Willenserklärung abgegeben hat, über deren Inhalt der Erklärende im Irrtume war, oder zu einer Erklärung, die er überhaupt nicht abgeben wollte (78).

4. Irrtum im Motive. Dobrzynzki, Der Irrtum im Beweggrund bei letztwilligen Verfügungen 35 ff.: Die Bestimmung des Abs. 2 des § 119 zeigt das Bestreben des Gesetzgebers, den Irrtum im Motiv möglichst unberücksichtigt zu lassen. Ist man über wesentliche Eigenschaften einer Person oder Sache im Irrtum, so entspricht trotzdem die Erklärung, sowohl was die Form, als auch was den Sinn anbetrifft, dem Willen des Erklärenden; es handelt sich also hier in Wahrheit um die Frage des Irrtums im Beweggrunde (35). Sind die Eigenschaften nicht in das Rechtsgeschäft aufgenommen, dann liegt auch kein Irrtum über den Inhalt des Rechtsgeschäftes vor; es bleibt also nur übrig ein vor dem Willensakt liegender Irrtum im Beweggrund (36). (Vgl. über diesen Punkt auch Manigk, Anwendungsgebiet, IDR. **1** Ziff. 12.)

5. Beim Kaufe von Haustieren der im § 481 erwähnten Arten ist wegen Vorliegens von Untugenden und Krankheiten — gleichviel ob letztere Hauptmängel seien oder nicht — eine Anfechtung gemäß § 119 nicht zulässig, der irrende Käufer ist vielmehr ausschließlich auf die Wandelung angewiesen. Denn Untugenden und Krankheiten sind bei solchen Haustieren durchweg als „wesentliche Eigenschaften" nicht anzusehen. Der Begriff der letzteren ist im Anschluß an die von Savigny für das gemeine Recht zur Herrschaft gebrachte Lehre dahin zu bestimmen, daß eine Eigenschaft als wesentlich i. S. des § 119 Abs. 2 dann zu erachten ist, wenn nach den im Verkehre herrschenden Anschauungen für das in Frage stehende Rechtsgeschäft die Sachen zu einer anderen Art von Sachen zu rechnen ist, je nachdem die Eigenschaft vorhanden ist oder fehlt. Breucha, WürttI. **15** 253 ff.

6. Kritik des Abs. 2. Schloßmann a. a. O. 12 ff. erörtert die Konsequenzen der wörtlichen Anwendung des § 119 Abs. 2 und meint, das Anfechtungsrecht wegen Irrtums über Eigenschaften der Sache sei nach dem Inhalte des Gesetzes von so enormem Umfange, daß die uneingeschränkte Anwendung dieser Bestimmung geradezu den Tod aller Verkehrssicherheit bedeuten würde (21). Die Bestimmungen des § 119 Abs. 2 würden, wörtlich angewendet, eine wahre Verwüstung im Rechts- und Wirtschaftsleben anrichten. Alle Dogmen und Rechtssätze, die man, als überlebt, im BGB. durch Stillschweigen zu beseitigen vorhatte, würden sich als nur scheintot erweisen (22). Er sucht deshalb in demselben Bestreben wie Lenel (Iherings I. **44** 10 ff.) — wenn auch auf anderem Wege — zu einer Einschränkung der Bestimmung zu gelangen (46 ff.)

7. Über die Konkurrenz der Bestimmungen des § 119 Abs. 2 mit den Vorschriften der §§ 434 ff. u. 459 Abs. 2 vgl. Schloßmann unten zu § 434 u. Ziff. 4 zu § 459.

8. Über Anfechtung von Schenkungen wegen Irrtums s. Schloßmann unten Ziff. 2 zu § 516.

IV. Aus der Praxis:

1. a) OLG. Colmar, R. **03** 127 Nr. 608: Anfechtung eines Vertrags wegen Irrtum, Zwang oder Betrug setzt gültige Entstehung des angefochtenen Vertrags voraus.

RG. 53 148, JW. **03** Beil. 2: Die Anfechtung wegen Irrtums kann auch im Prozesse durch den Prozeßbevollmächtigten erfolgen.

RG. R. **03** 41: Die Anfechtung des schriftlichen Vertrags wegen Irrtums verschafft den Vorverhandlungen keine Wirksamkeit (s. unten Ziff. 2 b zu § 154).

b) OLG. Hamburg, Seuff. A. **58** 93, OLG. **6** 30: Die in einem Submissionsverfahren abgegebene Offerte kann wegen Irrtums nicht mit der Behauptung angefochten werden, daß die Angestellten des Offerenten bei der Berechnung des Anschlags ein Versehen gemacht haben. Vgl. **RG.** R. **03** 549 Nr. 2762. OLG. **3** 40 (Hamburg) in demselben Sinne, IDR. **1** Ziff. 18 zu § 119.

OLG. Karlsruhe, R. **03** 359: Der in einer Rechnung oder in einem Buchauszug enthaltene Irrtum über einen zu bestimmtem Preise vereinbarten Kaufvertrag bedarf nicht der Anfechtung, weil in der Rechnung oder dem Buchauszuge keine Willenserklärung zu finden ist.

c) Irrtum im Motive. **RG. 55** 367 ff. Der Verkäufer kann auf Grund eines Rechenfehlers in seiner Preiskalkulation einen Kaufvertrag wegen Irrtums nicht anfechten, denn ein solcher Irrtum betrifft nur einen der Preisofferte vorausgegangenen, außerhalb des Rahmens der rechtsgeschäftlichen Erklärungen liegenden Umstand, durch den der Verkäufer bewogen worden ist, die Offerte auf Grundlage seiner Preiskalkulation zu machen. Ein solcher Irrtum im Beweggrunde kann aber nach § 119 keine Beachtung finden (vgl. OLG. **3** 40 (Hamburg), IDR. **1** Ziff. 18 zu § 119. **RG.** JW. **03** Beil. 106 Nr. 237: Der Irrtum im Beweggrunde muß, um das eingegangene Rechtsgeschäft anfechtbar zu machen, den Inhalt der darin abgegebenen Willenserklärung derart beeinflußt haben, daß er als ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung erscheint. Ebenso **RG.** JW. **03** Beil. 40; s. auch OLG. Kiel, Schlesw.-HolstAnz. **02** 314. Über den Irrtum im Beweggrunde beim Verzicht auf den Pflichtteil vgl. OLG. **6** 329 (Colmar); s. auch oben Ziff. III. 4.

d) Rechtsirrtum (s. o. Ziff. I 1) OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. **28** 469 ff.: Die Klägerin, die infolge des Rechtsirrtums, daß sie das Vermächtnis nur unter Verzicht auf den Pflichtteil annehmen könne, den Verzicht erklärt hat, kann diese Verzichtserklärung nicht anfechten, weil der Irrtum in keiner Weise den Inhalt der Verzichtserklärung betrifft (471).

RG. R. **03** 16: Der Irrtum darüber, daß ein mündlicher Grundstückskaufvertrag die Verpflichtung zur Errichtung einer notariellen Verkaufsurkunde begründe, ist unbeachtlich. S. auch R. **02** 482.

Über einen Fall, in dem Zweifel bestanden, ob ein Irrtum über den Inhalt oder über die Rechtsfolgen einer Erklärung vorlag, **RG.** Seuff. A. **58** 91 ff.

2. Abs. 2. a) Eigenschaften der Sache. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 102: Die Unkenntnis über ein Bergwerk betreffende ungünstige Ereignisse ist nicht ohne weiteres im Sinne des § 119 als ein Irrtum über Eigenschaften der Kuxe, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, anzusehen, weil bei Spekulationspapieren, wie bei Bergwerkskuxen, gerade durch den Eintritt ungünstiger Umstände nicht selten die Kauflust indirekt geweckt wird, da der dadurch hervorgerufene Preissturz das Papier bei einem Vergleiche mit der durchschnittlichen Preisnotierung als Kapitalanlage oder zu Spekulationszwecken zu empfehlen scheint.

OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 104 ff.: Die Größe des Vertragsgegenstandes, z. B. des verkauften Grundstücks, kann zu den Eigenschaften gehören, welche nach der Verkehrsauffassung als wesentliche gelten. Ist das Grundstück unter Angabe einer bestimmten Größe im gegenwärtigen, augenscheinlichen Zustand ohne Gewähr für die angegebene Größe verkauft worden, so kann der Verkäufer, wenn sich herausstellt, daß die Größe des Grundstücks zu gering angenommen ist, den Vertrag nicht wegen Irrtums anfechten, weil die fragliche Eigenschaft nicht einen Bestandteil des abgeschlossenen Geschäfts gebildet hat. Soweit aber der Kaufpreis auf Grund dieser Eigenschaft gebildet worden ist, liegt nur ein Irrtum im Motive vor.

RG. JW. **03** Beil. 14: Unkenntnis darüber, daß das den Vertragsgegenstand bildende Pulver ein Geheimmittel sei, das nach Polizeiverordnung nicht öffentlich angekündigt oder feilgehalten werden darf, erscheint als wesentlicher Irrtum nach § 119 Abs. 2.

b) Eigenschaften der Person. OLG. Kiel, Schlesw. HolstAnz. **03** 209ff.: Ein Irrtum über Eigenschaften der Person kann die Anfechtung nur dann begründen, wenn infolge des Fehlens der vorausgesetzten Eigenschaften die Person eine andere nach der Verkehrsanschauung wird (210).

OLG. Dresden, SächsA. **13** 580ff.: Der Prinzipal kann den mit einem Handlungsreisenden geschlossenen Dienstvertrag wegen Irrtums über die Bescholtenheit des Reisenden anfechten, wenn er zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht gewußt hat, daß der Reisende wegen versuchten und vollendeten Betrugs langdauernde Gefängnisstrafen erlitten hat, die kurz nacheinander über ihn verhängt worden sind.

OLG. Cöln, Puchelts Z. **33** 363ff.: Der Besitz oder Nichtbesitz von Mitteln kann im allgemeinen nicht als eine Eigenschaft einer Person im Sinne des § 119 Abs. 2 angesehen werden. Der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit darf nur beim Vorliegen besonderer Umstände, aus denen erhellt, daß beim Vertragsabschluß auf diese ein entscheidendes Gewicht gelegt worden ist, für beachtlich erklärt werden.

Irrtum über den Inhaber eines Patentbureaus hielt das **RG.** aus tatsächlichen Gründen im speziellen Falle nicht für erheblich. **RG.** JW. **03.** Beil. 107.

c) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **69** 87: Wesentlich im Sinne dieser Gesetzesbestimmung sind Eigenschaften, deren Fehlen die Sache für Rechtsgeschäfte dieser Art als eine „andere" erscheinen läßt, da sie gerade das „Wesen" der Sache bestimmen.

§ 120. Die Vorschrift setzt die Abgabe einer Willenserklärung voraus. Ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung überhaupt nicht abgesendet, hat die Mitteilung aber durch unrichtige Übermittelung die Form einer Willenserklärung angenommen, so ist eine Anfechtung nicht erforderlich. Breit, Geschäftsfähigkeit 156.

§ 121. 1. Werner, R. **03** 500ff.: Es muß in jedem einzelnen Falle festgestellt werden, welche Frist nach dem wirklichen Verkehrsbedürfnis eingehalten werden müßte. Unverzüglich heißt „ohne schuldhaftes Zögern", schuldhaft aber handelt nur, wer die im normalen Verkehr übliche Sorgfalt außer acht läßt (§ 276). Ist im normalen Verkehr allgemein üblich, die Frist für Anfechtungen geräumig zu bemessen, so ist die Anfechtungserklärung „unverzüglich" unter Umständen selbst dann erfolgt, wenn seit der erlangten Kenntnis geraume Zeit verstrichen ist. Nicht allein aber die Auslegung des Begriffs „unverzüglich" muß die Vorschrift des § 121 auf das rechte Maß zurückführen, sondern ebenso die

rechte Absonderung der irrtümlichen von den Scheinerklärungen, die weiter reichen, als es nach der Fassung der §§ 110—118 scheinen möchte.

Anfechtung ist nur erforderlich, wenn ein übereinstimmender, vom Irrtum nicht beeinflußter Wille des Erklärenden und des Erklärungsempfängers nicht vorhanden ist, die Übereinstimmung vielmehr nur infolge des bei der Erklärung untergelaufenen Irrtums besteht. Wollen dagegen beide Teile übereinstimmend das Erklärte nicht, so liegt nur eine Scheinerklärung vor, die auch ohne Anfechtung unwirksam ist, und zwar gleichviel, ob sie bewußt oder unbewußt die nicht gewollte Erklärung abgeben oder entgegennehmen, und gleichviel, ob Irrtum über den Inhalt der Erklärung oder in der Erklärung selbst vorliegt.

2. Aus der Praxis. a) **RG. JW. 03** Beil. 107: Die Anfechtung setzt nicht den Gebrauch des Wortes „anfechten" voraus, wohl aber ist eine unzweideutige Erklärung erforderlich, daß das abgeschlossene Geschäft z. B. wegen Irrtums unwirksam sein solle. Es sind zwei völlig verschiedene Rechtsbehelfe, ob eine Partei geltend macht, der Vertrag sei in einem bestimmten Sinne auszulegen und von beiden Teilen auch tatsächlich so aufgefaßt worden, oder ob sie geltend macht, sie habe eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 143.

b) **RG.** R. **03** 179 Nr. 919: Bei Beantwortung der Frage, ob die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern erfolgt ist und demgemäß auch bei Bemessung der zur Anfechtung erforderlichen und hinreichenden Zeit kommt es allerdings nicht bloß auf die Bedeutung des Irrtums für den Abschluß des Geschäfts und auf die hiervon abhängige, mehr oder minder große Aussicht auf schließlichen Erfolg der Anfechtung an, sondern es können hierbei Umstände der verschiedensten Art berücksichtigt werden müssen, welche namentlich die Zweckmäßigkeit und die Folgen der Anfechtung mit Rücksicht auf die sonstigen geschäftlichen und rechtlichen Verhältnisse des Anfechtungsberechtigten, sowie die Möglichkeit der Rückgewähr des Geleisteten von seiten des Anfechtungsgegners betreffen.

c) OLG. Breslau, R. **03** 525 Nr. 2620: Die Beweislast der Unverzüglichkeit trifft den Anfechtenden. (**RG.** hierüber JDR. **1** Ziff. 3.)

d) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **69** 301: Die Form der telegraphischen Übermittelung der Anfechtungserklärung ist zu wählen, wenn sie nach den Umständen des Falles, insbesondere mit Rücksicht auf die Interessen des Lieferanten geboten war.

§ 122. 1. Abs. 1. Wlassak a. a. O. 277: Da das negative Interesse nicht bloß der schuldhafte Urheber, sondern schlechthin der Urheber der nichternstlichen Erklärung zu ersetzen hat, ist als Grundlage der Haftung nicht Jherings culpa in contrahendo, sondern die Verursachung, ein Prinzip, zu dem sich das BGB. noch an vielen anderen Stellen bekennt, anerkannt.

2. Abs. 2. a) Danz, Jherings J. **46** 426: Insoweit Abs. 2 von der Kenntnis des Beschädigten im Falle des § 119 spricht, ist er einschränkend dahin auszulegen, daß nur solche Fälle hierunter fallen, in denen diese Kenntnis dem Beschädigten erst nach Abschluß des Vertrags zukommt und demnach das Entstehen einer anfechtbaren Obligation, die mit dem Willen des Irrenden nicht übeinstimmt, nicht gehindert hat. Erlangt jetzt erst der Beschädigte Kenntnis von dem Irrtume des anderen Teiles, so kann er von dieser Zeit ab ihm entstehenden Schaden nicht ersetzt verlangen; er hat ja die Möglichkeit dadurch, daß er den Irrenden auf seinen Irrtum aufmerksam macht, ihn zur „unverzüglichen" Anfechtung zu zwingen. Tut er es nicht, sondern läßt, obgleich er weiß, daß der andere Teil im Irrtume befangen ist, den Schaden weiter anwachsen, so kann er hierfür keinen Ersatz verlangen.

b) Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten 111: Im Falle des § 122 Abs. 2 ist die Anwendbarkeit des § 254 ausgeschlossen, wenn der Beschädigte die Kenntnis der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung hatte. Denn in diesem Falle ist die Ersatzpflicht im Gesetze bereits derartig geregelt, daß von einem Abwägen der vorwiegenden Verursachung nicht mehr die Rede sein kann. Steht erst einmal fest, daß der Beschädigte die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte, so kommt es nicht weiter darauf an, ob ihm eine der im § 254 Abs. 2 normierten Unterlassungen zur Last fällt. § 122 Abs. 2 enthält daher eine Erweiterung des Grundgedankens des § 254 zugunsten des Schädigers. Erfährt der Beschädigte dagegen erst nachträglich von der Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit, so greift die präsumierte Erweiterung zugunsten des Schädigers nicht durch. Hier wird § 254 anwendbar sein. Das gleiche gilt in dem Falle des § 179 Abs. 3.

§ 123. 1. Der Tatbestand des § 123 Ziff. 1 GewO. rechtfertigt auch die Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB. Während aber die Präklusivfrist nach § 123 Abs. 2 GewO. eine Woche beträgt, währt die Anfechtungsfrist nach § 124 BGB. ein Jahr. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 168.

2. Über das Verhältnis des § 123 zu § 119 Abs. 2 vgl. Schloßmann o. Ziff. III 1 zu § 119.

3. Aus der Praxis. a) BayObLG. R. **03** 311: Wer einen angeblich infolge Zwanges abgeschlossenen Vertrag anficht, muß die vom Gegner bestrittene Tatsache des Zwanges und dessen gesetzliche Merkmale beweisen.

RG. JW. **03** Beil. 40 Nr. 85: § 123 setzt nur die Bestimmung zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung, nicht aber auch eine hierdurch herbeigeführte Vermögensbeschädigung voraus (41). Ebenso OLG. **6** 222 (Hamburg).

b) BayObLG. R. **03** 311 Nr. 1640: Hinsichtlich des Betrugs bei Rechtsgeschäften ist zu unterscheiden, ob nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß der Betrogene ohne die Täuschung das Rechtsgeschäft überhaupt nicht vorgenommen haben würde oder daß er es zwar vorgenommen hätte, aber unter anderen für ihn günstigeren Bedingungen.

RG. R. **03** 359 Nr. 1941: Das bloße Verschweigen der Tatsache, daß der für eine Wohnung eines den Gegenstand eines Kaufvertrags bildenden Miethauses angegebene Ertrag nicht der nach dem Verhältnisse der übrigen Mieterträgnisse berechnete Mietwert sei, kann nicht als arglistige Täuschung aufgefaßt werden.

§ 124. OLG. **6** 218 (Dresden): Die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts und etwaige sie und damit die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses selbst zeitlich begrenzende Fristen bilden eine bestimmte, jenem gesetzlich innewohnende Eigenschaft, und das Recht, dem das ganze Rechtsverhältnis untersteht, muß auch für die Anfechtbarkeit desselben und deren Befristung in Betracht kommen. Eine entsprechende Anwendung des Art. 169 auf die Frist des § 124 ist im Hinblick auf die verschiedene Natur der Ausschlußfristen und der Verjährungsfristen ausgeschlossen.

RG. JW. **03** Beil. 4: Die Anfechtung wegen Betrugs kann auch im Prozesse durch den Prozeßbevollmächtigten erfolgen.

§ 125. 1. a) Es ist im einzelnen Falle zu prüfen, ob das Gesetz, welches für ein Rechtsgeschäft eine bestimmte Form vorsieht, die Gültigkeit des Geschäfts von der Beobachtung der Form hat abhängig machen wollen. In manchen Fällen ergibt sich aus dem Gesetze, daß die Gültigkeit des Geschäfts durch die Nichtbeobachtung der in dem Gesetze vorgesehenen Form nicht hat berührt, daß nur gewisse Nach-

teile mit der Nichtbeobachtung derselben haben verbunden werden sollen. In anderen Fällen wird einem Beteiligten ein Anspruch darauf gegeben, daß die Vornahme einer Rechtshandlung unter Beobachtung einer bestimmten Form erfolgt. v. Hugo, Die Vorschriften des BGB. über die Schriftform 1 ff.

b) Ist ein Lehrvertrag entgegen der Formvorschrift des § 126b GewO., der übrigens auch der Vater des Lehrlinges als sein Lehrherr unterworfen ist (so jetzt auch OLG. Naumburg, DJZ. **03** 60), nicht schriftlich abgeschlossen, so greift nicht § 125 BGB., sondern § 127 d und f GewO. Platz. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 30.

Die Gültigkeit des Lehrvertrags ist durch keine Form bedingt; insbesondere macht der Mangel der im § 125b RGewO. vorgeschriebenen Schriftlichkeit den Lehrvertrag nicht nichtig. Vgl. Adam, Soziale Praxis **03** 907/908.

2. Aus der Praxis. a) OLG. **6** 219 (Bamberg): Es kann von den Parteien jede beliebige Form, auch Beurkundung durch einen bestimmten Anwalt gewählt werden.

RG. 52 433, JW. **03** 18: Ist die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts durch eine gesetzlich vorgeschriebene Form bedingt, so ist der vor Erfüllung der Form erklärte Wille nicht bindend und nur der im Augenblicke der Formerfüllung noch vorhandene Wille entscheidend.

b) OLG. Frankfurt, R. **03** 235 Nr. 1224: In den Fällen, in welchen die Außerachtlassung der Form beim Hauptvertrage Nichtigkeit zur Folge hat, ist auch der formlos abgeschlossene Vorvertrag nichtig.

RG. JW. **02** 611, R. **03** 77 Nr. 290: Aus der Bedeutung der Form folgt, daß es auch keinen Anspruch auf Erfüllung der Form aus einem Vorvertrage geben kann, welcher der im Gesetze verlangten Form nicht entspricht. Ebenso OLG. Kiel, Seuff. A. **58** 177. Vgl. besonders JDR. **1** Ziff. 3 u. 5 zu § 125.

c) **RG.** R. **03** 187 Nr. 1073: Die formlose Übernahme eines Stammanteils auf das erhöhte Stammkapital ist bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ungültig und infolgedessen auch das damit zusammenhängende Lieferungsgeschäft.

§ 126. 1. ➵ Gegen die Ansicht Jastrows, Formularbuch I 70 Anm. 19b und II 2 (vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 126), daß bei gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung die Schriftform auch dann gewahrt sei, wenn der Aussteller die Unterschrift oder das Handzeichen fälschlich als das seinige anerkannt und dadurch die Beglaubigung erwirkt hat, wenden sich Goldmann und Lilienthal (BGB. I 158 Anm. 21 und 165 Anm. 56), weil das Erfordernis der Eigenhändigkeit im § 126 sowohl auf die Unterschrift als auf das Handzeichen sich bezieht. Die Differenz spitzt sich auf eine Frage der grammatischen Auslegung zu. § 126 sagt:

„Ist . . . schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde . . . eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels . . . beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden".

Es fragt sich, an welche Stelle ist das zu dem Worte „oder" gehörende „entweder" hinzudenken. Goldmann und Lilienthal wollen lesen:

„eigenhändig entweder durch Namensunterschrift oder mittels beglaubigten Handzeichens",

Jastrow will lesen: „entweder eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels beglaubigten Handzeichens",

so daß die Eigenhändigkeit auf das beglaubigte Handzeichen sich nicht bezieht. Da jede Unterschrift zugleich ein Handzeichen darstellt, würde alsdann auch die

Unterschrift, wenn sie beglaubigt ist, dem Erfordernisse der Eigenhändigkeit nicht unterworfen sein.

Jastrow möchte für seine Auslegung hier anführen, daß nur sie den Verkehrsbedürfnissen gerecht wird, da es unzuträglich erscheint, bei einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Unterschrift erst noch Erkundigungen über die Eigenhändigkeit einziehen zu müssen. Auch ist nicht anzunehmen, daß § 183 FrGG. die Beglaubigung auf Grund bloßer Anerkennung zugelassen haben würde, wenn sie damit in ihrem Werte herabgedrückt sein sollte. ←≡ Jastrow.

Über die Zuständigkeit der Konsuln zu Beglaubigungen s. Konsulatsgesetz vom 8. November 1867 §§ 15, 16.

2. Das Gesetz verlangt grundsätzlich die Unterschrift mit dem rechtlich zustehenden Familiennamen, da dieser allein Anspruch auf allseitige Anerkennung hat; die Unterzeichnung mit einem anderen Namen ist also grundsätzlich nicht zur Herstellung einer schriftlichen Erklärung ausreichend. Da aber das Gesetz nur schlechthin von Namensunterschrift spricht, so muß der Aussteller auch eine andere Namensunterschrift gegen sich gelten lassen, wenn nach den vom Gegenbeteiligten vorzubringenden besonderen Umständen die Ablehnung der Rechtswirksamkeit der Unterschrift sich als eine Arglist des Ausstellers, als Verstoß gegen die guten Sitten und gegen Treu und Glauben darstellen würde. Daher genügt die Unterzeichnung mit dem tatsächlich allgemein geführten Namen (Schriftstellernamen) oder dem unter gewissen, bei der Unterzeichnung vorliegenden Umständen üblichen Namen (Vornamen, Kneip- oder Spitznamen). Dagegen kann, da das Gesetz zwingend eine Namensunterschrift verlangt, durch Unterschrift mit dem Verwandtschaftsverhältnis oder der Amtsbezeichnung niemals eine schriftliche Willenserklärung begründet werden. Alles Gesagte gilt insbesondere auch bei schriftlich einem Abwesenden zugesandten, also von brieflichen Erklärungen: hier genügt demnach nach Lage des Falles (Verwandte, Freunde) Unterschrift des Vornamens, niemals aber des Verwandtschaftsverhältnisses. — Dagegen besteht ein Satz des deutschen Privatfürstenrechts, also objektiven Rechtes (Art. 57 EG. z. BGB.) dahin, daß die Landesherren und ihre Familienglieder schriftliche Erklärungen rechtswirksam nur mit dem Vornamen unterzeichnen. Josef, A.zivPr. **94** 465—477.

3. Michels, DJZ. **03** 141 ff. vertritt die Ansicht, daß unleserliche Unterschriften das gesetzliche Erfordernis der Schriftlichkeit nicht erfüllen; dem stehe nicht entgegen, daß das Verkehrsleben und die deutsche Rechtspraxis bisher vor der Prüfung der Lesbarkeit einer Unterschrift Halt gemacht haben (143). Dagegen Dernburg, BGB. I 411 (§ 136, III 1): Unleserliche Unterschriften genügen, wenn die Schriftzüge den Buchstaben des Namens annähernd entsprechen.

4. v. Hugo, Vorschriften des BGB. über die Schriftform: Daß auch der Inhalt der Urkunde von dem Aussteller geschrieben werde, ist nicht erforderlich. Eine Ausnahmebestimmung ist lediglich im § 2231 Abs. 2 BGB. hinsichtlich des privatschriftlichen eigenhändigen Testaments getroffen, welches von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages nicht nur eigenhändig unterschrieben, sondern auch seinem ganzen Inhalte nach eigenhändig geschrieben sein muß. Das BGB. enthält, abgesehen von der Bestimmung des § 2247, keine erschwerenden Vorschriften für diejenigen Fälle, in welchen eine einfache schriftliche Willenserklärung seitens eines Blinden, Tauben, Analphabeten usw. in Frage steht.

5. a) Gegen das Urteil des **RG. 50** 51 ff. (JDR **1** Ziff. 6 zu § 126), wonach es genügt, wenn bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform der bevollmächtigte Vertreter nur mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt, wendet sich Strübe, BadRpr. **68** 297: Den Namenzug, sein Zeichen kann und darf der Natur der Sache nach nur derjenige gebrauchen, der Träger des Namens ist. Wenn der Bevollmächtigte A den Namen des Vollmachtgebers B unter eine Urkunde setzt,

so unterzeichnet er nicht durch Namensunterschrift, er setzt nicht das Zeichen bei, durch dessen Gebrauch er seinen Willen äußert oder betätigt. Die Auslegung des RG. scheitert an dem unzweideutigen Wortlaute des § 126 Abs. 1, denn diesem gegenüber ist die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung zur Beantwortung der Frage nicht zu verwerten, da diese Frage eine andere ist, als die, welche Erfordernisse das Gesetz für die Form der Schriftlichkeit aufstellt.

b) Der Bevollmächtigte darf nur mit seinem eigenen, nicht aber mit dem Namen des Vollmachtgebers unterzeichnen. Die Unterzeichnung mit dem Theaternamen ist zulässig. Marwitz, Bühnenengagementsvertrag 38.

c) BayObLG. R. **03** 359 Nr. 1942: Ist für die Abänderung eines schriftlich abgeschlossenen Vertrags gleichfalls Schriftform vereinbart, so sind dadurch die Beteiligten nicht gehindert, eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende neue Vereinbarung ohne Beobachtung jener Form zu treffen.

§ 128. **RG. 52** 437: Der § 128 hat die sukzessive selbständige Beurkundung zweier Vertragserklärungen zum Gegenstande, die kongruent sind, indem das Angebot und die Annahme einander entsprechen.

§ 129. 1. Jastrow, Formularbuch II 5: Insoweit die Zuständigkeit zur Beglaubigung infolge der Landesrechte verschieden ist, entscheidet das Recht des Errichtungsorts (d. h. des Ortes der Ausstellung des Beglaubigungsvermerks). Ist die Beglaubigung danach gültig, so ist sie es in allen Bundesstaaten; ist sie danach aber nichtig, so kann sie auch für andere Bundesstaaten nicht giltig werden; weil deren einschlägige Zuständigkeitsgesetze sich nur auf die eigenen Amtsstellen beziehen.

2. Franck, DJZ. **02** 198: In den Fällen, wo das Gesetz eine öffentlich beglaubigte Erklärung fordert, wird durch die Unterschriftsbeglaubigung lediglich die Echtheit der Unterschrift bezeugt, während die darüber stehende Erklärung in keiner Weise durch die Beglaubigung gedeckt wird. Infolgedessen ist nicht einzusehen, warum die Beglaubigung der Unterschrift unter einer Blankozession unzulässig sein sollte. Dagegen meint Huther, DJZ. **03** 292, eine beglaubigte Blankozession würde nichtig sein, die Erklärung müsse vollständig schriftlich abgefaßt sein, denn eine Beglaubigung der Erklärung nach § 129 ohne Erklärung sei undenkbar; bei der Beglaubigung der Erklärung müsse letztere sich tatsächlich bereits über der Unterzeichnung befinden. Indem die Urkundsperson die Unterzeichnung beglaubigt, beglaubigt sie stillschweigend das Vorhandensein derjenigen Erklärung, die der Aussteller durch die Unterzeichnung abgeben will.

Hiergegen wieder wendet sich Josef, DNotVZ. **03** 545 ff.: Die Entstehung des § 129 ergebe, daß das Gesetz trotz der anscheinend entgegenstehenden Fassung einen Unterschied zwischen der Beglaubigung der Unterschrift und der Beglaubigung der Erklärung nicht habe aufstellen wollen (548). In Übereinstimmung mit der Begründung Franck's kommt Josef zu dem Ergebnisse, daß die Unterschrift auch beglaubigt werden könne, wenn über ihr überhaupt nichts geschrieben steht, oder wenn die über der Namensunterschrift stehende Erklärung Lücken enthält (549).

§ 130. 1. Breit, SächsA. **13** 314 ff. erörtert die Frage, in welchem Zeitpunkt ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft unter Abwesenden vorgenommen ist: im Zeitpunkte der Absendung oder in dem des Zuganges. Die Entscheidung ist in erster Linie wichtig für die Behandlung des Falles, daß zwischen Absendung und Zugang eine Verfügungsbeschränkung des Erklärenden eintritt, z. B. die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen (KO. § 7 Abs. 1 Halbs. 1).

Goldmann-Lilienthal I 170 Anm. 8 meinen, zur Vornahme gehöre bei einem empfangsbedürftigen Rechtsgeschäft eines Abwesenden auch der Zugang, während Jäger (Komm. zur KO. 2. Aufl., Anm. 14 zu § 7) unter der Vornahme nur die Absendung verstanden wissen will.

In Wahrheit ist aus dem Worte „Vornahme" gar nichts herzuleiten. Fragt man, in welchem Zeitpunkt ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft unter Abwesenden vorgenommen (vollzogen, erfolgt) sei, so muß man wegen der Norm des § 130 Abs. 1 grundsätzlich den Nachdruck auf den Zeitpunkt des Zuganges legen. Jedoch gilt der Zeitpunkt der Absendung dann als der der Vornahme, wenn es nach dem Zwecke derjenigen Vorschrift, deren Anwendung zu der Stellung der Frage zwingt, auf den Zeitpunkt des Zuganges nicht ankommen kann.

Es kommen folgende Fälle in Betracht:

a) In allen Fällen, in denen die Vornahme eines Rechtsgeschäfts innerhalb einer bestimmten Frist oder an einem bestimmten Tage zu erfolgen hat, ist im Zweifel der Tag des Zuganges entscheidend.

b) Umgekehrt ist die Frage nach dem Vorhandensein von Willensmängeln bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nach dem Zeitpunkte der Absendung zu entscheiden.

c) Das gleiche ist der Fall, wenn die Frage aufgeworfen wird, ob der Handelnde bei der Vornahme geschäftsfähig war.

d) Umgekehrt wiederum bei Verfügungsbeschränkungen. Hier entscheidet allein der Zeitpunkt des Zuganges: sowohl darüber, ob eine Verfügungsbeschränkung bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts besteht, als auch, ob sie nicht (mehr) besteht. Die Analogie aus § 130 Abs. 2, auf die sich Jäger stützt, ist falsch. Ein entscheidendes Argument gegen die entsprechende Anwendung des § 130 Abs. 2 auf die in der Zwischenzeit eintretenden Verfügungsbeschränkungen bildet die Norm des § 878.

e) Die Frage schließlich, ob eine Zustimmung eine vorherige ist (§ 183), entscheidet sich nach dem Zeitpunkte des Zuganges der konsenzbedürftigen Erklärung (s. u. Ziff. 1 u. 3 zu § 183).

Gegen die reine Empfangstheorie, zugunsten der Zitelmann-Hölderschen „modifizierten" Vernehmungstheorie, vgl. de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 90 ff., 138 ff. Bezüglich der „vernehmungsfähigen" statt bzw. neben den „empfangsbedürftigen" Rechtsgeschäften siehe o. Ziff. III zu §§ 116 ff.

2. Dittenberger, Schutz d. Kindes 23 ff.: Bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung ist die Mitwirkung eines anderen als des Erklärenden erforderlich, allerdings nicht eine Mitwirkung durch aktives Eingreifen, sondern nur eine passive, rezipierende. Der Empfänger der Erklärung braucht nicht zu handeln und selbst ein vorsätzliches Handeln, gerichtet auf die Verhinderung der ihm tatsächlich möglich gewordenen Kenntnisnahme von der ihm zugegangenen Erklärung, kann die Wirkung dieser Erklärung nicht beeinträchtigen. Das Handeln des Empfängers ist hiernach gänzlich irrelevant (24).

3. Fischer, Der Schaden 120 ff.: Es gibt auch empfangsbedürftige Willenserklärungen, welche nicht zugangsbedürftig sind. Dies sind die Mängelrüge nach § 377 HGB., die Androhung der Versteigerung und die Mitteilung von Zeit und Ort der Versteigerung sowie von der geschehenen Versteigerung nach § 373 HGB., §§ 384, 1220 BGB. und die Anzeige von dem verspäteten Eingange der Vertragsannahme nach § 149 BGB. Auf diese Erklärungen finden alle Rechtssätze über empfangsbedürftige Willenserklärungen, abgesehen von dem Erfordernisse des Zugehens, Anwendung.

4. Die in Gegenwart des Empfängers abgegebene Willenserklärung wird nicht schon mit dem Zugehen, sondern erst mit der Kenntnisnahme wirksam. Der

Kenntnisnahme steht es nicht gleich, wenn der Empfänger sich ihr vorsätzlich entzieht. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 237 ff.

5. Der Grundsatz des § 130 ist auch auf Erklärungen unter Anwesenden anzuwenden, wenn sich der Adressat dem Empfange der Erklärung entzieht. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 156.

Über die Einwilligung zu einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften s. o. Ziff. 1 zu § 111.

6. Gegen die Ansicht Hölders, die Anordnung einer Veröffentlichung habe die rechtliche Bedeutung der Abgabe der veröffentlichten Erklärung, s. Breit, ebenda 270.

Über den Begriff der „Abgabe" im § 130 s. ebenda 281 ff.: Eine empfangsbedürftige Erklärung unter Abwesenden ist dann als „abgegeben" im Sinne des § 130 zu erachten, wenn sie in ein Stadium getreten ist, in dem sie normalerweise ohne weiteres Eingreifen des Erklärenden an den Adressaten gelangt.

7. Abs. 2. Über den Wechsel in der Geschäftsfähigkeit im Verlauf eines rechtsgeschäftlichen Vorganges s. Breit, Geschäftsfähigkeit 265—324.

Über die Frage, wieweit bei einer schriftlichen Erklärung die Niederschrift im geschäftsfähigen Zustand erfolgen muß, s. ebenda 284 ff.

8. Aus der Praxis. Das LG. Mainz, HessRspr. 3 163/164 hat sich hinsichtlich der Frage, wann eine Willenserklärung als „zugegangen" anzusehen ist, wenn der Empfänger die Postsendungen von dem Postschalter selbst abholen läßt, der von Rathenau, DJZ. 02 147 (vgl. JDR. 1 Ziff. 3 zu § 130) vertretenen Ansicht angeschlossen, indem es den Zeitpunkt für maßgebend erkärt, in welchem der Brief dem Empfänger zugegangen wäre, wenn der Postbote selbst den Brief dem Empfänger zu überbringen gehabt hätte. Es führt aus: Dieser Ansicht steht auch der § 130 nicht entgegen; denn der Empfänger, welcher seine Briefe abholt, hat die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme nach den postalischen Vorschriften mindestens zu derselben Zeit, zu welcher ihm der Brief durch den Briefträger überbracht worden sein würde, die Sendungen müssen nämlich ½ Stunde nach dem Eingange zur Abholung bereit gestellt sein.

Ebenso SächsOVG. 3 132 ff.: Rechtzeitig zugegangen ist das betreffende Schreiben, wenn es noch vor Schluß der Dienststunden der Kreishauptmannschaft für diese auf der Post zur Abholung bereit lag, denn hiermit ist es bereits in die Verfügungsgewalt der Kreishauptmannschaft gelangt. Hieran ändert der Umstand nichts, daß die Behörde infolge der bestehenden Geschäftseinrichtungen die eingegangenen Postsendungen an diesem Tage nicht mehr abholen ließ (135).

SächsOVG. 3 289: Ein Schreiben ist in die Verfügungsgewalt der Polizeibehörde auch schon dann gelangt, wenn es nicht in den eigentlichen Diensträumen des Polizeiamts, sondern auf der Bezirkswache eingereicht worden ist.

§ 131. 1. Abs. 1. Dittenberger, Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen 23 ff.: Nicht erforderlich ist — zu welcher Annahme die Fassung der Vorschrift verleiten könnte —, daß die Erklärung vor dem Zugang an den gesetzlichen Vertreter auch dem Kinde selbst zugegangen ist (27). — Wird dem anwesenden Kinde gegenüber in Abwesenheit des gesetzlichen Vertreters eine empfangsbedürftige Erklärung abgegeben, so ist dies völlig bedeutungslos. Durch die Abgabe gegenüber dem Kinde ist die Erklärung konsumiert genau so, wie bei der Abgabe gegenüber einer unbeteiligten dritten Person, folglich ist der Zugang dieser Erklärung an den gesetzlichen Vertreter überhaupt ausgeschlossen. Es bedarf zur Erreichung des von dem Erklärenden erstrebten Zweckes einer neuen Erklärung und der Bewirkung des Zuganges derselben an den gesetzlichen Vertreter (26). — Ein rechtlich bedeutsames Zugehen an den

gesetzlichen Vertreter kann auch durch Vermittelung des Kindes — das Kind als Bote — stattfinden (27). Vgl. auch IDR. **1** Ziff. 7 zu § 130.

2. Abs. 2. de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 137 f.: Grundsätzlich ist zur Interpellationsentgegennahme lediglich der gesetzliche Vertreter zuständig. Es sei denn, die dem minor abgegebene Mahnung ist für dessen Vertreter bestimmt. Letzteres ist im Zweifel als gewollt zu unterstellen. Dann ist der minor nur der Bote, das Mittel, sein Vertreter das Ziel der Willenserklärung, deren rechtliche Wirkung erst mit dem Zugehen an letzteren einsetzt. Die dem Vertreter derart, allein unbeabsichtigt zukommende Interpellation ist unwirksam, weil dies kein Zugehen im Sinne von § 130 involviert. Die rechtliche Möglichkeit direkter Mahnung vorbehaltlich nachfolgender Genehmigung ist weder für den Interpellanten zweckmäßig, noch im Interesse des minderjährigen Debitors.

§ 133. 1. Beschränkung des Auslegungsmaterials. Für eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist das Zugehen an den Erklärungsadressaten Bedingung der Wirksamkeit. Daher darf zu ihrer Auslegung nur das Material herangezogen werden, was als zugegangen angesprochen werden kann, oder was für den Erklärungsadressaten auch ohne darauf gerichtete Tätigkeit des Erklärenden schon wahrnehmbar ist und daher dem Adressaten nicht mehr zugebracht zu werden braucht. Aus der hiernach nötigen Beschränkung des Auslegungsmaterials folgt u. a., daß der Eid zur Klarlegung des mit einer empfangsbedürftigen „Willenserklärung verbundenen Sinnes“ nicht verwendbar ist, weil seine Verwertung eine unzulässige Vermehrung des Auslegungsmaterials enthalten würde.

Nur in einem Falle darf der Eid zur Feststellung eines Erklärungsinhalts verwendet werden. Vor Auslegung einer prima facie mehrdeutigen oder unverständlichen Willenserklärung hat der Richter die Behauptung sowohl des Erklärenden als des Erklärungsempfängers zu berücksichtigen, der Behauptende habe übereinstimmend mit dem Gegner die Erklärung in einem gewissen Sinne aufgefaßt. Ein Grund, den zugeschobenen Eid für den Nachweis dieser Behauptung auszuschließen, ist nicht ersichtlich, wenn man mit dem Reichsgerichte die Eideszuschiebung über „innere Tatsachen“ grundsätzlich für zulässig hält. Wedemeyer, Auslegung und Irrtum 18, 19, 33—36; derselbe, Abschluß eines obligatorischen Vertrags rc. 138ff.

2. Aus der Praxis. OLG. **6** 74 (Kiel): Die im BGB. enthaltenen Auslegungsregeln für Willenserklärungen können auch auf frühere Rechtsverhältnisse angewandt werden. Die Auslegungsregeln deuten zweifelhafte Erklärungen in dem Sinne, den der Erklärende erfahrungsgemäß ihnen beizulegen pflegt. Ist das Resultat dieser Erfahrung gesetzlich festgestellt, so muß es auch maßgebend sein für die Auslegung zweifelhafter Erklärungen, die vor der gesetzlichen Anerkennung abgegeben sind.

SächsOLG. **24** 366: Bei Auslegung der Anträge Beteiligter und der darauf gefaßten richterlichen Entscheidungen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne der gebrauchten Ausdrücke zu haften.

RG. R. **03** 399 Nr. 2112: Der wahre Wille ist auch dem an sich zunächst zweifelsfreien Wortlaute gegenüber zu ermitteln, nur findet die Auslegung ihre Grenzen an der vorhandenen Erklärung, die gedeutet, aber nicht umgedeutet werden kann.

Dagegen meint OLG. München, R. **03** 575 Nr. 2901: Die Auslegungsregel des § 133 greife erst dann Platz, wenn ein Rechtsgeschäft der Auslegung bedürfe.

§ 134. 1. Das Abkommen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, nach welchem letztere versprechen, einer Arbeiterorganisation nicht beizutreten bzw. aus solcher auszutreten, ist nichtig, weil es gegen das Koalitionsrecht und gegen die guten Sitten verstößt. Hilse, Hirths Ann. **03** 545.

2. Bei Verletzung der §§ 105a—i, 135—137 GewO. tritt nicht ganze oder partielle Nichtigkeit des Arbeitsvertrags gemäß § 134 BGB. ein. Denn aus dem Gesetz ergibt sich hier ein anderes, insofern sich die Verbote nur an einen Teil der Arbeitgeber richten (vgl. Mot. I 210) und der Arbeiter auch strafrechtlich nicht Teilnehmer an dem Delikte des Arbeitgebers ist; ebenso Lotmar, Der Arbeitsvertrag 486; OLG. Celle, GoltdA. **49** 356; Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 43.

3. Aus der Praxis. a) **RG. 51** 401 ff.: Nichtigkeit tritt nicht bloß dann ein, wenn das Gesetz ausdrücklich gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts sich richtet, sondern auch dann, wenn die eine der beiden Willenserklärungen, aus denen das Rechtsgeschäft sich zusammensetzt, gesetzlich unzulässig war (402). A. M. OLG. **5** 102 (Breslau).

OLG. Karlsruhe, DJZ. **03** 58: Bei Rechtsgeschäften, die gegen ein polizeiliches, speziell gewerbepolizeiliches Strafgesetz verstoßen, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß ein solches mit Strafe bedrohtes Rechtsgeschäft auch zu einem materiell rechtswidrigen gestempelt werden sollte.

Es ist daher der mit einer Versicherungsgesellschaft, deren Geschäftsbetrieb polizeilich verboten ist, abgeschlossene Vertrag nicht zivilrechtlich nichtig (aus § 134d des Badischen Polizeistrafgesetzbuchs gefolgert).

b) Das gesetzliche Verbot muß das Rechtsgeschäft selbst treffen und nicht bloß, wie z. B. in den §§ 241 KO. und 288 StrGB. einen der Kontrahenten unter gewissen Voraussetzungen mit Strafe bedrohen. Es muß das Rechtsgeschäft als solches und nicht vermöge besonderer, zu seinem Tatbestande nicht gehöriger Umstände verboten sein. OLG. Dresden, SächsA. **13** 257.

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 170: Die Begünstigung eines Gläubigers durch den Gemeinschuldner bewirkt keine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 134, wie die positiven Vorschriften der KO. §§ 29 ff. ergeben (s. u. Ziff. 6 I a zu § 138).

c) **RG. 53** 155, JW. **03** Beil. 21, Holdheims MSchr. **03** 109 ff.: Vertragsmäßiges Konkurrenzverbot für selbständige Kaufleute.

Eine vertragsmäßige Beschränkung der Gewerbefreiheit ist zulässig, sofern sie einerseits dem berechtigten Interesse des Begünstigten entspricht und andererseits derart — örtlich oder zeitlich oder gegenständlich — begrenzt ist, daß sie nicht zur Vernichtung und auch nicht zu einer unangemessenen Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Verpflichteten führt (s. u. Ziff. 6 I g zu § 138).

RG. R. **03** 236 Nr. 1227: Ein Vertrag des Inhalts, daß jemand zwar sein eigenes Handelsgeschäft haben und betreiben, in diesem Geschäft aber gewisse Artikel unter einer ihm nicht zustehenden Firma vertreiben soll, ist nichtig.

§ 136. 1. Mothes, Beschlagnahme 85: a) Die Beschlagnahme des Vermögens nach § 332 StPO., § 360 MStGO. hat absolute Nichtigkeit der Verfügungen des Angeschuldigten zur Folge.

b) Die Beschlagnahme nach § 326 StPO., die Konkursverstrickung und die Nachlaßverwaltungsverstrickung bedingen die relative Unwirksamkeit der Verfügungshandlungen des Betroffenen, ebenso die Sequestrations-, Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverstrickung (85).

c) Verfügungsverbote haben nicht notwendig eine Beschlagnahme zur Folge (11).

2. Es ist zulässig, einen und denselben Anspruch durch Vormerkung und richterliches Veräußerungsverbot kumulativ zu sichern. Reichel, Jherings J. **46** 158.

3. Aus der Praxis. a) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 904, JW. **03** Beil. 75: Ein vom Gerichte durch einstweilige Verfügung erlassenes Verbot stellt

sich als ein Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 dar. Ebenso OLG. Posen, PosMschr. **03** 123. Durch die Eintragung in das Grundbuch wird eine auf diese Weise angeordnete Verfügungsbeschränkung inhaltlich nicht geändert, namentlich wird sie dadurch nicht in der Richtung erweitert, daß das erlassene Verbot auch zugunsten anderer Personen wirksam wird, als derjenigen, deren Schutz sie bezweckt. Es wird vielmehr durch die Eintragung die Wirkung der Verfügungsbeschränkung nur in der Weise verstärkt, daß der Erwerber eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes, in Ansehung dessen der Berechtigte zugunsten einer bestimmten Person in der Verfügung beschränkt ist, sich nicht damit entschuldigen kann, daß ihm die Verfügungsbeschränkung nicht bekannt gewesen sei.

b) OLG. Dresden, SächsA. **13** 257 ff.: Das nach § 106 KO. erlassene Veräußerungsverbot ist ein Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 BGB. Der Kridar, der entgegen dem Verbote des § 106 KO. eine Forderung abgetreten hat, kann dem Zessionar die Nichtigkeit nicht entgegensetzen, da das Verbot nur die Konkursgläubiger zu schützen bestimmt ist. Unerheblich ist hierbei, ob der Zessionar das Verbot gekannt hat (258).

c) SächsOLG. **24** 336: Eine durch Rechtsgeschäft eingegangene Verfügungsbeschränkung über ein veräußerliches Recht ist nicht zur Eintragung in das Grundbuch geeignet, weil in dieses nur solche Eintragungen aufgenommen werden können, denen nach dem materiellen Rechte Wirksamkeit zukommt.

§ 137. Die Zulassung bewilligter Vormerkung stellt sich als Durchbrechung von § 137 dar. Reichel, Iherings J. **46** 156 ff.

§ 138. 1. Klein, ÖstAGZ. **03** 391 ff. führt aus, daß bei einer wegen Unsittlichkeit nichtigen causa die Leistung nur mit der condictio, nicht mit der vindicatio zurückbegehrt werden kann. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 2a zu § 138 und Ziff. 1 und 2 zu § 817.) Dies, weil die causa der Ausschnitt des Vermögenszuwendungsgeschäfts ist, der die wirtschaftlichen Wesensmerkmale des Geschäfts enthält. Ein unsittliches Motiv hat also — weil die ganze juristisch-ethische Wertung gemäß § 138 nur die causa treffen kann — lediglich Nichtigkeit der causa, nicht aber z. B. der Eigentumsübertragung (als Leistung) zur Folge. Mithin kann nur die condictio gemäß § 817 gegeben sein. A. M.: Neubecker, Der abstrakte Vertrag 34 ff. u. die dort Angeführten.

Eccius, DJZ. **03** 41 ff. verwirft ebenfalls die Ansicht Neubeckers, daß das abstrakte Leistungsgeschäft zur Erfüllung des wucherischen Vertrags von der Nichtigkeit des § 138 ergriffen werde. — Das wucherische Geschäft wird in seiner Totalität nichtig, die Klage daraus also vollständig ausgeschlossen sein. Das Ergebnis einer auf das wucherische Plus beschränkten Nichtigkeit wäre nur im Anhalt an § 139 zu gewinnen, wenn etwa bei einem unter Hingabe von Geld geschlossenen Darlehnsvertrage die Kontrahenten das Nebengeschäft über Hinausschiebung der Zeit der Zurückzahlung und die dafür zu gewährenden unverhältnismäßig großen Vorteile unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Darlehnsnehmers in der Weise geschlossen hätten, daß man annehmen könnte, die Darlehnshingabe würde auch ohne das Nebengeschäft erfolgt sein. Die Annahme wird aber bei einer mit der Hingabe des Darlehns verbundenen wucherischen Abrede als völlig ausgeschlossen angesehen werden müssen (s. auch u. zu § 817). Über das Verhältnis des § 138 zu § 817 und den Widerspruch, in dem die Bestimmungen zueinander stehen, s. Näheres bei Neubecker, Der abstrakte Vertrag 85—90.

2. Kartelle (vgl. JDR. **1** Ziff. 2b). Bitta, DJZ. **02** 254: Ist ein Kartellvertrag in der Tat auf die wucherische Ausbeutung der Konsumenten durch Herbeiführung eines tatsächlichen Monopols gerichtet, so wird kein Bedenken sein, ihn gemäß § 138 für nichtig zu erklären. Dagegen dürfte es

ausgeschlossen sein, wenn ohne eine bei Abschluß des Kartells darauf gerichtete Absicht diese Folgen später tatsächlich eintreten, daraus die Nichtigkeit des bereits früher zustande gekommenen Rechtsgeschäfts zu konstruieren, wie dies das RG. 38 158 anzudeuten scheint. Bei derartigen späteren Übergriffen würde vielmehr nur § 826 anwendbar sein, d. h. die Kartellleitung würde sich bei mißbräuchlicher wucherischer Ausbeutung des Monopols bzw. bei Vergewaltigung anderer schadenersatzpflichtig machen. Vgl. die früheren Entscheid. des RG. 20 117 und 28 238 f.

3. Baum, Die guten Sitten im Klassenkampfe, GewG. 8 17 ff. (s. JDR. 1 Ziff. 4a zu § 826) erörtert die Frage, wessen Sitten für die Feststellung des Begriffs „gute Sitten" maßgebend sind, die von besonderer Bedeutung wird, wenn sich, wie im Klassenkampfe, nicht Genossen desselben Standes, sondern verschiedene Stände gegenüberstehen. Nur dann verstößt eine Handlung gegen die guten Sitten, wenn sie nicht nur den Anschauungen der durch sie verletzten Klasse, sondern auch den Anschauungen der Klasse des Täters widerspricht (20). — Nicht jedes vertragsmäßige Koalitionsverbot verstößt, wie Lotmar, Arbeitsvertrag 218 Anm. meint, wider die guten Sitten. In vielen Fällen wird es aber als „Ausbeutung" unter den Abs. 2 des § 138 fallen. Das Koalitionsverbot enthält regelmäßig für den Arbeitgeber Vermögensvorteile, da er den unorganisierten Arbeitern wirtschaftlich ungünstigere Arbeitsbedingungen bieten kann, als den organisierten. Daß sich die Vermögensvorteile in einer bestimmten Geldsumme veranschlagen lassen, ist begrifflich nicht notwendig. Baum, GewG. 8 21 Anm.

4. Der vertragsmäßige Verzicht auf die Ausübung der durch § 152 GewO. freigegebenen Koalitionsbefugnis ist als gegen das Gesetz (vgl. auch § 134b Abs. 3 Satz 1 GewO.) und gegen die guten Sitten verstoßend nach § 138 BGB. nichtig. Dagegen kann der eine Teil den anderen unter Androhung der ordnungsmäßigen Kündigung jederzeit, z. B. den Beitritt zu einem Verein, untersagen. Die Versendung sog. schwarzer Listen (vgl. RG. 51 369 ff. u. Brückmann hierzu, JDR. 1 Ziff. 4c zu § 826) ist ebenso wie die Boykottierung lediglich eine erlaubte Ausübung der Koalitionsbefugnis; weder das eine, noch das andere kann daher als grober Unfug im Sinne des § 360 Ziff. 11 StGB. angesehen werden. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 47 u. 161. (Vgl. auch Hilse, o. Ziff. 1 zu § 134.)

5. Gegen die guten Sitten verstößt ein Vertrag, der eine Schauspielerin zur Anschaffung einer Garderobe verpflichtet, deren Kosten in keinem Verhältnisse zu ihren Bezügen stehen. Marwitz, Bühnenengagementsvertrag 41 u. 86.

6. Aus der Praxis:

I. Abs. 1. a) OLG. 6 220 (Frankfurt), SchleswHolstAnz. 03 182 ff., FrankfRdsch. 36 214 ff.: Die Motive allein, auch wenn sie unsittlicher Natur sind, machen das Rechtsgeschäft nicht nichtig; vielmehr müssen die objektiven Umstände, unter welchen das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, und insbesondere sein Inhalt so beschaffen sein, daß sie in Verbindung mit den Motiven einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten. Die Hingabe eines Darlehens oder die Lieferung von Weinen zur Verwendung für ein Bordell verstößt daher für sich allein noch nicht gegen die guten Sitten. Diese Entscheidung hat das RG. JW. 03 Beil. 41 aufgehoben, weil das OLG. den § 138 zu eng aufgefaßt und den Vertragsinhalt unzureichend gewürdigt habe. Durch die Fassung des § 138 sollte dem Richter die Möglichkeit gegeben werden, solchen Rechtsgeschäften die Anerkennung zu versagen, die nach ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter, den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen (auch FrankfRdsch. 37 68, SächsA. 14 205 ff.).

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 170: Wenn durch § 138 auch neben dem Inhalte des Rechtsgeschäfts die Berücksichtigung subjektiver Momente hat vorgesehen werden sollen, so können doch Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts, wenn nur sie wider die guten Sitten verstoßen, dessen Gültigkeit nur dann aufheben, wenn sie entweder den Inhalt des Geschäfts beeinflußt oder wenn sie etwa den alleinigen oder doch ganz überwiegenden Grund für dessen Vornahme gebildet haben. Begünstigung eines Gläubigers durch den Gemeinschuldner ist daher nicht nach § 138 nichtig (171). S. o. Ziff. 3 b zu § 134.

b) OLG. **6** 33 ff. (Posen): Der Verkauf einer ärztlichen Praxis verstößt nicht gegen die guten Sitten (vgl. JDR. **1** Ziff. 3 u. Ziff. 2g zu § 138). Was gute Sitte ist, richtet sich nach den Anschauungen der Allgemeinheit, die für Zeit und Ort verschieden sein können. Entscheidend ist das jeweilige Volksbewußtsein, nicht ein besonderes Standesbewußtsein. Die ungescheute Einrückung von Anzeigen, die auf den Verkauf einer ärztlichen Praxis Bezug haben, kommt als Anzeichen dafür in Betracht, daß nach allgemeinem Volksbewußtsein in derartigen Abmachungen nichts Verwerfliches gefunden wird. Ein derartiger Vertrag verstößt nicht gegen das öffentliche Interesse und enthält insbesondere auch keine unzulässige Beschränkung der persönlichen und Erwerbsfreiheit der Beteiligten.

c) OLG. **7** 458 (Hamburg): Die Ausbedingung eines Kündigungsrechts nur für den einen Vertragsteil ist nicht unsittlich.

OLG. **7** 459 (Frankfurt): Verträge über Gestattung d a u e r n d e n Getrenntlebens von Ehegatten sind als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig; die Frage aber, ob auch eine Vereinbarung der Ehegatten, aus wirtschaftlichen Gründen zeitweise getrennt zu leben, ebenfalls nach § 138 nichtig ist, kann nur nach dem einzelnen konkreten Falle beantwortet werden.

Ähnlich OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 221: Ein tatsächliches Getrenntleben zweier Eheleute in gegenseitigem Einverständnis kann nicht schon an und für sich als etwas Sittenwridiges angesehen werden. Alimentationsverträge, durch welche ein Ehegatte dem Andern gegenüber für die Dauer des tatsächlichen Getrenntlebens zu bestimmten Leistungen sich verpflichtet, sind daher nur unter besonders gearteten Umständen nichtig.

OLG. Darmstadt, Puchelts Z. **33** 538 ff., DJZ. **03** 252: Ein auf einen Freitrunk bei Wahlen abzielendes Rechtsgeschäft ist nichtig. Zur Nichtigkeit ist nicht erforderlich, daß b e i d e Kontrahenten die gleiche auf die Unsittlichkeit hinzielende Absicht gehabt haben.

BayObLG. **3** 427: Die Annahme einer übermäßig hohen Belohnung für die Ermöglichung eines Unternehmens, von dem der Geber mit Sicherheit großen Gewinn erwartet, ist nicht schon deswegen ein unsittliches Geschäft, weil der Empfänger durch sie eine habgierige Gesinnung betätigt, es müssen vielmehr Umstände hinzukommen, vermöge deren der Vertrag selbst, nicht nur die Gesinnung des einen Vertragschließenden, gegen die guten Sitten verstößt (433).

d) **RG.** JW. **03** 53: Vertragsmäßige A u s s c h l i e ß u n g d e r R e v i s i o n i m v o r a u s verstößt nicht gegen die guten Sitten.

OLG. Rostock, MecklZ. **21** 194: Darin, daß sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, ein nach übereinstimmender Angabe der Parteien empfehlenswertes und preiswürdiges Gut, falls er danach gefragt würde, Kaufliebhabern zu empfehlen, ist ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht zu erblicken, wenn er sich nicht zugleich die Erfüllung der Pflicht, das Gut nicht wider besseres Wissen schlecht zu machen, abkaufen läßt.

OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 626 ff.: Die einem Dritten gegenüber erfolgte Übernahme der Schuld einer Dirne, der Auftrag zur Warenlieferung an diese und deren Ermächtigung zur Warenbestellung und Warenempfang-

nahme widersprechen ebensowenig den guten Sitten wie die Lieferungen an die Dirne selbst.

OLG. Frankfurt, R. **03** 127 Nr. 610: Eine Schenkung unter der Bedingung, daß die Beschenkte seit dem Bestehen ihres Verhältnisses zum Schenker mit keinem anderen Manne geschlechtlich verkehrt habe und für die fernere Zeit des Verhältnisses dergleichen unterlasse, ist nichtig.

e) LG. I Berlin, KGBl. **03** 19: Ein Vertrag, durch den ein Ehegatte sich verpflichtet, gegen den anderen Ehegatten Strafantrag wegen Ehebruchs nicht zu stellen, verstößt nicht gegen die guten Sitten. Aus dem juristischen Charakter des Antragsrechts vielmehr ergibt sich, daß dieses bei jeder Straftat Gegenstand einer Vereinbarung zwischen den Parteien sein kann.

OLG. Marienwerder, Seuff. A. **58** 179: Unter Umständen, insbesondere bei von Amts wegen zu verfolgenden Vergehen, verstößt es gegen die guten Sitten, wenn der durch eine strafbare Handlung Geschädigte sich vom Täter Schadenersatz versprechen läßt gegen Rückgängigmachung der Folgen seiner Strafanzeige. Vgl. IDR. **1** Ziff. 3.

OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 17: Ein Vertrag, durch den wegen eines Sittlichkeitsvergehens die Zahlung einer Geldentschädigung versprochen wird, verstößt gegen die guten Sitten.

f) GG. Frankfurt a. M., GewG. **8** 62: Eine Bestimmung der Arbeitsordnung, nach der der Arbeiter die durch sein Verschulden verwirkten Geldstrafen des Arbeitgebers e r s e t z e n s o l l, v e r s t ö ß t gegen die guten Sitten und ist nichtig.

LG. Wiesbaden, FrankfRdsch. **36** 114 ff.: Eine Bestimmung, die dem Dienstherrn das Recht verleiht, einem seiner Angestellten bei wesentlicher Dienstvernachlässigung ohne Aufhebung des Dienstverhältnisses die Auszahlung des Gehalts zu verweigern, verstößt gegen § 138.

g) **RG.** 53 155, IW. **03** Beil. 21, Holdheims MSchr. **03** 109 ff.: Nur ein kumulativ zeitlich, örtlich und gegenständlich unbegrenztes Konkurrenzverbot ist unzulässig. Ist es in einer dieser drei Beziehungen begrenzt, so kann es, wenn es auch in den beiden anderen Richtungen keine Schranken hat, den Umständen des Einzelfalls nach für statthaft erachtet werden. Keinen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten vertragsmäßige Konkurrenzverbote für selbständige Kaufleute, welche sich in angemessenen Grenzen halten. Ebenso OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 285 ff.

OLG. Braunschweig, R. **03** 575 Nr. 2904: Ein Mäklervertrag, durch den ein in einem Handelsgewerbe Angestellter sich einer Konkurrenzfirma seines Prinzipals gegenüber zur Vermittelung einer Verkaufsgelegenheit verpflichtet, verstößt nicht gegen die guten Sitten. Das Anstellungsverhältnis gibt dem Mäklervertrage nicht einen moralisch verwerflichen Inhalt, sondern gibt dem Prinzipale nur die Rechte aus § 61 HGB.

RG. **53** 186, IW. **03** Beil. 21: Keinen Verstoß gegen die guten Sitten enthält eine Vereinbarung zwischen einem Schankwirt und dem Vorstand einer Stadtgemeinde, wonach ersterer sich gegenüber der Stadtgemeinde im Interesse ihrer Angehörigen gewissen Beschränkungen in seinem Gewerbebetriebe bei Vermeidung einer Geldstrafe im Falle des Zuwiderhandelns unterwirft.

OLG. **6** 503 (Colmar): Verkauft ein Gesellschafter einer G. m. b. H. sein freies Stimmrecht, indem er sich eine Sicherheit für seine Einlage zusagen läßt, auf die er nach seiner eigenen Auffassung von der Geschäftslage der Gesellschaft keinen Anspruch hat, so verstößt sowohl dieses wie die in diesem Sinne ergehende Einwilligung der Mitglieder des Vorstandes gegen die guten Sitten und ist gemäß § 138 unwirksam.

II. Abs. 2. a) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 626: Der in Abs. 2 gemeinte Sachwucher erfordert begrifflich vor allem ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, sodann auf seiten des Täters die Kenntnis oder Überzeugung von der Notlage, dem Leichtsinn oder der Unerfahrenheit des Schuldners und die Benutzung dieser Umstände zur Erlangung wucherischer Vorteile, in sachlicher Hinsicht aber ein auffälliges Mißverhältnis zwischen der Vermögensleistung und dem Vorteil.

b) **RG.** R. **03** 575 Nr. 2902: Ein Kaufmann, welcher infolge von Überproduktion im Besitze schwer zu verwertender Ware ist, befindet sich zwar in einer schwierigen Lage; aber nicht ohne weiteres in einer Notlage im Sinne dieser Vorschrift. Um eine solche anzunehmen, würden weitere besondere Momente hinzukommen müssen.

c) In Übereinstimmung mit **RG. 47** 103 (s. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 138 a. E.) hält **RG.** JW. **03** Beil. 53 den Abs. 2 auch auf vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandene Rechtsverhältnisse für anwendbar. Ebenso **RG.** R. **03** 290 Nr. 1532.

§ 139. **RG.** JW. **03** Beil. 74: Die Bestimmung des § 139 findet auch auf Nichtigkeiten wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form eines Rechtsgeschäfts Anwendung.

Über einen Grundstückskaufvertrag, bei dem ein wesentlicher Bestandteil nichtig war, der die Nichtigkeit des ganzen Vertrags nach sich zog, handelt OLG. Posen, PosMschr. **03** 54.

§ 140. 1. Konversion bei ungültiger Kündigung. Lotmar, Arbeitsvertrag 568 ff.: Eine einseitige Willensäußerung, die als Kündigung ungültig ist, weil z. B. die ihr zugedachte Wirkung in die Zeit der Unkündbarkeit fällt oder weil die Kündigungsfrist nicht eingehalten wurde, kann nach § 140 als Kündigung in dem Sinne gelten, daß sie das Verhältnis in dem Zeitpunkt aufhebt, auf welchen sie gültig hätte gestellt werden können. Es ist zulässig, dem Aufhebungswillen für den frühest möglichen Zeitpunkt stattzugeben und dieses ist in dem oft vorkommenden Falle geboten, wo der Kündigende bei Kenntnis der Ungültigkeit doch die frühest mögliche Endigung des Verhältnisses gewollt haben würde. Hierdurch wird die ungültige Kündigung in eine gehörig befristete konvertiert (569). Näheres hierüber und über andere Konversionsmöglichkeiten 568—571.

2. Der rechtswidrigen Lösung des Arbeitsverhältnisses muß nach § 140 BGB. wenigstens die Bedeutung der ordnungsmäßigen Kündigung zukommen. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 72.

§ 141. Aus der Praxis. OLG. **6** 34 (Stuttgart): Eine Bestätigung setzt auf Seite des Bestätigenden den Willen voraus, sich zu verpflichten; wenn er nur eine Verpflichtung, welche er als bereits zu Recht bestehend ansieht, „bestätigt" (anerkennt), so liegt darin eine Bestätigung im Sinne des § 141 nicht, so z. B. wenn er eine nichtige Verpflichtungserklärung, über die er einen Schuldschein ausgestellt hatte, vergessen hat, aber auf Vorzeigen des Schuldscheins, ohne die Nichtigkeit zu kennen, erklärt, er werde diese Schuld bezahlen. Hier fehlt der Wille, sich zu verpflichten, weil er der Meinung ist, bereits verpflichtet zu sein. Die Bestätigung muß, um als solche zu wirken, „im Bewußtseine rechtlicher Nichtverpflichtung" erfolgen, der Bestätigende muß „vom Mangel des Rechtsgeschäfts Kenntnis gehabt und auf die diesfallsige Einrede zu verzichten" beabsichtigt haben.

RG. JW. **03** Beil. 42: Als eine Bestätigung kann die bloß tatsächliche Fortführung des auf nichtigem Gesellschaftsvertrage beruhenden Betriebs nicht dienen.

RG. R. 03 526 Nr. 2625: Ein Vertrag, der zu seiner Gültigkeit einer gesetzlich vorgeschriebenen Form bedarf, kann nicht durch konkludente Handlungen allein wirksam werden.

§ 142. 1. Abraham, Aufrechnung und Eingriffsrecht in der Vollstreckungsinstanz 58 ff.: Wesen der Anfechtbarkeit: Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist ebensowenig mangelhaft wie der Anspruch, dem eine kompensable Gegenforderung entgegensteht. Beide bestehen unangetastet, sind aber in ihrem Bestande gefährdet (27).

Wesen des Anfechtungsrechts und der Eingriffsrechte überhaupt: Die Anfechtungsbefugnis ist ein Recht, durch einseitigen Akt Rechtswirkungen zu erzielen. Sind wir überhaupt befugt, von subjektiven Rechten zu sprechen, sobald jemand die Möglichkeit hat, durch einseitige Handlungen einen rechtlich bedeutsamen Erfolg hervorzurufen? Ein subjektives Recht, letztwillige Verfügungen zu errichten, Offerten abzugeben usw., gibt es nicht; denn die Möglichkeit, die die Rechtsordnung einem jeden gewährt, ist kein subjektives Recht. Von einem solchen Rechte können wir aber dann sprechen, wenn einer bestimmten Person die Befugnis gewährt ist, die rechtliche Situation einseitig zu gestalten (so beim Anfechtungsrechte, bei der Befugnis aufzurechnen 2c.).

Bestimmt wird bei diesen Befugnissen der Rechtsträger durch die Existenz anderer Rechtsverhältnisse, in welcher derselbe die Stellung des Berechtigten oder Verpflichteten einnimmt. Die Existenz zweier Schuldverhältnisse zeitigt das Recht der Aufrechnung für die beiden Gläubiger-Schuldner. Wirkung der Ehe ist das Recht des Mannes, in gemeinsamen Angelegenheiten zu entscheiden (§ 1354). An die Erbenstellung knüpft das Recht der Ausschlagung an. Angefochten werden Willenserklärungen jedes rechtlichen Inhalts.

Es ergibt sich daher: Die Befugnisse, kraft deren eine bestimmte Person berechtigt ist, durch einseitigen Akt Rechtswirkungen hervorzurufen, sind sekundäre Erscheinungen, sie knüpfen an das Bestehen anderer Rechtsverhältnisse an; über diese Rechtsverhältnisse disponieren sie, in sie greifen sie ein. Sie werden deshalb treffend als Eingriffsrechte bezeichnet.

Die Eingriffsrechte haben als Begriffsbildungen sekundärer Art keine eigene Stätte neben den ursprünglichen Rechten, den Sachenrechten, den Forderungen, Familienrechten usw. Die Eingriffsrechte finden sich, ebenso wie die Ansprüche innerhalb aller Rechtsverhältnisse. Es ist daher ein begrifflicher Fehler, Eingriffsrechte und Ansprüche neben den anderen Rechten aufzuzählen. Ganz verschiedene Gesichtspunkte sind für die Einteilung der Rechte in Sachenrechte, Obligationen 2c. einerseits, in Ansprüche und Eingriffsrechte andererseits maßgebend. Erstere Klassifizierung ist bestimmt durch die Verschiedenheit der Rechtsobjekte, letztere durch die Verschiedenheit in der Struktur der einzelnen Rechtstypen. Jede einzelne Befugnis muß daher zum Zwecke ihrer systematischen Einordnung unter zwei Gesichtspunkten geprüft werden. Z. B. die rei vindicatio aus § 985 ist ihrem Inhalte nach: Sachenrecht, ihrer Struktur nach: Anspruch. Das Recht der Aufrechnung entspringt zwei Schuldverhältnissen; gestaltet ist es als Eingriffsrecht. Anfechtungsrechte entspringen aus dem Persönlichkeitsrechte der freien Selbstbestimmung; geformt sind sie als Eingriffsrechte.

Eingriffsrechte und Ansprüche können ineinander übergehen (vgl. § 326). Eine Zwischenbildung ist das Recht auf Wandlung. Es ist im BGB. als Anspruch normiert. Seine Wirkungen sind nach den Grundsätzen des Rücktritts bestimmt (58 ff.).

2. Alexander, Über die Begriffe Nichtigkeit und Unwirksamkeit 63 ff.: Der Begriff der Unwirksamkeit findet sich im BGB. in zweifacher völlig verschiedener Bedeutung. Einmal bedeutet er ganz allgemein das Ausbleiben recht-

licher Wirkungen. Sodann aber, und in dieser Bedeutung nimmt er den bei weitem größten Raum im Gesetzbuch ein, wird er im scharfen begrifflichen Gegensatze zur Nichtigkeit gebraucht, indem er das Fehlen von Wirksamkeitserfordernissen bei Vorhandensein aller Gültigkeitsmomente anzeigt. Der Gesetzgeber hat einen scharfsinnigen, bis in die Einzelheiten durchgeführten Unterschied zwischen nichtig und unwirksam gemacht, der aber von der Literatur nicht in genügender Weise anerkannt und gewürdigt worden ist (63). Ein Unterschied zwischen unwirksam und nichtig läßt sich in dem Umstand erblicken, daß bei einer gewissen Kategorie von Fällen der Unwirksamkeit ein nachträgliches Wirksamwerden möglich ist. Während ein nichtiges Geschäft ohne jede rechtliche Existenz ist, also seiner begrifflichen Natur nach nicht mehr wirksam werden kann, wenn auch Ausnahmen davon existieren, ist hier die Möglichkeit gegeben, durch Beseitigung eines entgegenstehenden Hindernisses die Geschäftswirkungen hervorzurufen. Diese begriffliche Trennung tritt aber nur für die Unwirksamkeit im engeren Sinne ein, denn die Unwirksamkeit im weiteren Sinne kann begrifflich auch die Nichtigkeit umfassen. Definition der Unwirksamkeit im engeren Sinne a. a. O. 26.

3. Schlottmann, Anfechtbarkeit 41 ff.: Das BGB. hat mit Recht den Oberbegriff der „Ungültigkeit“ vermieden, es kennt dafür als allgemeinen Begriff die „Unwirksamkeit“ der Rechtsgeschäfte, mit der es alle Fälle bezeichnet, in denen das Rechtsgeschäft ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen ist, gleichgültig aus welchem Grunde. Deshalb erscheinen darunter neben den nichtigen und anfechtbaren Geschäften a) die zur Zeit unwirksamen (z. B. unter Bedingung stehenden, vgl. §§ 108, 111, 174, 181, 308, 319, 458, 1831), b) die nur bestimmten Personen gegenüber unwirksamen Geschäfte (§ 135). (42 u. Anm. 3.)

4. Danz, Iherings J. **46** 449 ff.: Die Anfechtung wegen Irrtums zerstört regelmäßig das ganze vorliegende Geschäft, nicht nur soll die einzelne mit Erfolg angefochtene Erklärung aus dem Rechtsgeschäft ausgeschaltet werden, denn dann hätte es im § 142 heißen müssen: „das Rechtsgeschäft, insoweit die angefochtene Erklärung reicht, ist als von Anfang an nichtig anzusehen“ (450/451). Eine teilweise Anfechtung ist regelmäßig unzulässig, daher können Nebenbestimmungen, z. B Konventionalstrafe, lex commissoria, nur zugleich mit der Hauptbestimmung angefochten werden. Erklärt der Irrende, daß er nur die Nebenbestimmung anfechten wolle, so wird die Anfechtung gar nicht beachtet (455).

Schlottmann, Anfechtbarkeit 46 will jedoch neben der gänzlichen Anfechtung auch eine teilweise zulassen, bei der die wirksamen Bestandteile weiter bestehen. Allerdings sei die teilweise Anfechtbarkeit nur Ausnahme.

5. Schlottmann, Anfechtbarkeit 45: In dem Worte anzusehen ist zugleich zweierlei angedeutet, zunächst einmal, daß das Rechtsgeschäft vor der Anfechtung nicht schon ungültig war, und weiter, daß das Rechtsgeschäft, das ja tatsächlich ins Leben getreten ist, nicht in Wirklichkeit, sondern nur künstlich juristisch aufgehoben werden kann. Darüber, weshalb hierin nicht, wie Bruck, Anfechtbarkeit 29 (s. IDR. **1** Note 1 zu § 142) annimmt, eine Fiktion liegt, a. a. O. 38 Anm. 3.

Die Anfechtung des BGB. kennzeichnet sich als „private Nichtigkeitserklärung“. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterscheiden sich also nur noch in der Art ihres Eintretens, nicht hinsichtlich der Wirkungen. Danach ist es falsch, Anfechtbarkeit und relative Nichtigkeit zu identifizieren, wie es z. B. Eck, Allg. Teil 41 tut (69 u. Anm. 3).

Mit der Anfechtung gilt das Rechtsgeschäft nur hinsichtlich der gewollten Wirkungen als nicht vorgenommen. Dagegen bleiben die unbeabsichtigten

Wirkungen, die „nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch einen in dem äußeren Akte sich findenden besonderen Tatbestand erzeugt werden, bestehen" (Motive I 217). Schlottmann 45/46.

6. Rechtsprechung: Über die Ausgleichung der beiderseitigen Ansprüche nach Aufhebung eines gegenseitigen Vertrags wegen arglistiger Täuschung handelt **RG. 54** 137 ff. Es findet eine Wiederherstellung des ganzen früheren Zustandes und somit eine schon nach dem Gesetz und ohne Zuhilfenahme der Grundsätze über Aufrechnung und Zurückbehaltung eintretende Abgleichung der beiderseitigen Vorteile und Nachteile aus dem Vertrage statt (140/142).

OLG. **6** 222 (Hamburg): Hat der Käufer den Kauf des Geschäfts wegen Betrugs angefochten, so hat er zwar behufs Wiederherstellung des früheren Zustandes das Geschäft zurückzugewähren. Hat aber der Käufer die Rückgabe bei Vermeidung des anderweiten Verkaufs wiederholt dem Verkäufer angeboten, so kann dem Käufer bei Weigerung des Verkäufers nicht zugemutet werden, das Geschäft Jahre hindurch für Rechnung des anderen fortzuführen; vielmehr kann er es verkaufen und den Erlös auf den ihm zurückzugewährenden Kaufpreis anrechnen.

OLG. Dresden, Sächs. A. **13** 381: Das Recht, einen Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, ist dann verwirkt, wenn derjenige, der anfechten will, die Wiederherstellung des früheren Zustandes vereitelt hat.

§§ 142, 143. **RG. 52** 334, JW. **03** Beil. 4: Die §§ 142, 143 beziehen sich nicht auf die Anfechtung von Rechtshandlungen auf Grund des Gesetzes v. 21. Juli 1879. Ebenso OLG. Breslau, R. **03** 399 Nr. 2115.

Die Anfechtung kann hier nur durch Erklärung innerhalb eines Prozeßverfahrens (Klage, Einrede) erfolgen, doch genügt Zustellung eines die Anfechtungserklärung enthaltenden vorbereitenden Schriftsatzes jedenfalls zur Fristwahrung. Über die Paulianische Anfechtung vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 142.

§ 143. 1. Abs. 1. Schlottmann, Anfechtbarkeit 55 ff.: Die Anfechtungserklärung ist ein rechtsgeschäftlicher Akt; es genügt nicht ein bloßes Tatsachenbehaupten, sondern eine Willensbetätigung ist erforderlich, um die „auflösende Gesetzesbedingung" eintreten zu lassen (55). Diese Erklärung kann auch im Prozeß erfolgen. Wird gegen den Anfechtungsberechtigten der anfechtbare Anspruch erhoben, so kann er sehr wohl die Anfechtung durch Einrede geltend machen. Diese Einrede ist keine materiell-rechtliche. Sie trägt einen rechtsgeschäftlichen Charakter, da die einseitige Willenserklärung als solche das Geschäft umstößt. Sodann erst kommt die prozessuale Funktion zur Geltung, indem sich der Beklagte auf die soeben erfolgte Umstoßung des klägerischen Anspruchs beruft. Darin liegt dann eine verneinende Einrede.

Schlottmann a. a. O. 65: Sind mehrere Anfechtungsgegner, z. B. Erben oder Legatare aus einem anfechtbaren Testamente, vorhanden, so entsteht die Frage, ob die nur einem gegenüber erklärte Anfechtung nur gegen diesen oder gegen alle wirkt. Da Gesamtwirkung nie vermutet wird, ist anzunehmen, daß die Anfechtung jedem gegenüber zu erklären ist. A. M. Hölder, Kommentar 319c, weil das BGB. nur von „dem" Anfechtungsgegner spreche; siehe hierüber auch Bruck, Anfechtbarkeit, JDR. **1** Ziff. 3 zu § 143 (89).

OLG. **6** 223 (Braunschweig): Ein richterlicher Ausspruch über die Anfechtung ist, wenn die Folgen der Anfechtung geltend gemacht werden, überflüssig. Nur unter den Voraussetzungen einer Feststellungsklage wäre über die Anfechtung als solche zu entscheiden.

2. Anfechtung im Prozeß. a) Schneider, Irrtum im Prozesse, Buschs Z. **31** 277 ff.: Daß die Abgabe der Anfechtungserklärung noch im Prozesse selbst zuzulassen ist, ergibt sich aus der einfachen Erwägung, daß häufig

der Anfechtungsberechtigte erst dann erfährt, er habe eine irrtümliche Erklärung x abgegeben, während er selber annahm, y gesagt zu haben. Er muß daher in der Lage sein, z. B. den Kauf nun noch wegen Irrtums anfechten zu können. Es erschiene als eine durch nichts zu rechtfertigende Härte, ihm die (nachträgliche) Berufung darauf im Prozeß abschneiden zu wollen, und vollends als eine durch nichts gebotene Formenkrämerei, ihn zunächst auf den durch das BGB. dabei vorgeschriebenen, also außerprozessualen Weg hinweisen und dann erst die Einrede der sonach geschehenen Anfechtung zulassen zu wollen. Diese prozessualische Anfechtungserklärung kann aber nur als Prozeßhandlung, nicht aber allein oder zugleich als privatrechtliche Willenserklärung, in Betracht kommen. Ihre Grundlage kann allerdings nur in den Bestimmungen des § 119, § 121 Abs. 2 und § 142 BGB. gefunden werden; über Form und Zeit entscheidet aber durchaus selbständig das Prozeßrecht nach seinen Regeln. Und zwar nicht nur, was jene, rein äußerliche Übermittelung anlangt (278). Deshalb gilt im Prozesse weder der § 143 noch selbst der § 121 BGB. Ersterer nicht, weil sich die Prozeßhandlung der Anfechtung immer nur gegen die gegenüberstehende Partei richten kann. § 121 mit der Forderung „unverzüglichen" Vorgehens des Anfechtungsberechtigten nicht, weil über die Zeit der Prozeßhandlungen das Prozeßgericht entscheidet, also § 278 Abs. 1 ZPO.: „Angriffs- und Verteidigungsmittel . . . können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden". Erfährt daher der Berechtigte erst im Prozesse selbst oder während des Prozesses, aber außerhalb desselben, von seinem Anfechtungsrechte, so kann er mit seiner prozessualischen Erklärung über die Anfechtung von der „Unverzüglichkeit" des § 121 Abs. 1 BGB. absehen und kann mit ihr mindestens warten bis zu der auf die Kunde folgenden mündlichen Verhandlung (279). Diese gänzliche Ausschaltung des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB. für den Fall, daß das anfechtbare Rechtsverhältnis rechtshängig geworden ist, erklärt sich, wenn man die völlige Verschiedenheit des privaten und prozessualischen Rechtsgebiets scharf ins Auge faßt. Daß die Vorschrift des BGB. aber auf das prozessualische Gebiet übergreifen will, ist an und für sich nicht anzunehmen (280). Besonders entscheidend aber ist, daß für den Prozeß, wo also das betreffende Rechtsverhältnis unter den Parteien bereits streitig und rechtshängig geworden ist, der Zweck der Vorschrift des § 121 BGB. völlig wegfällt. Im ausgebrochenen Rechtsstreite hat der Gegner bei der Anfechtung kein Interesse daran, „unverzüglich" die Anfechtungserklärung gemacht zu sehen, da ja auch sonst jede beliebige Einrede bis zum Schlusse des Prozesses ihm entgegengesetzt werden und sein Recht über den Haufen werfen kann, einem Mißbrauche dieser Möglichkeit aber nach § 278 Abs. 2 und § 279 ZPO. zu steuern ist. Weshalb also sollte die Anfechtungserklärung anders behandelt werden? (281).

b) Hölder, Ansprüche und Einreden, AzivPr. 93 125 ff.: Erfolgt die Anfechtung erst im Prozesse durch gerichtliche Erklärung, so bereitet das für die rechtliche Existenz der Erklärung bestehende Erfordernis, daß sie dem abwesenden Gegner zugegangen sei, eine von den Verfassern des BGB. übersehene Schwierigkeit. Es ist ein dringendes Bedürfnis, die im Prozeß erfolgende Anfechtung und Aufrechnung von einer sonstigen in der Weise zu unterscheiden, daß für ihre Erfordernisse und ihre Wirksamkeit die Bestimmungen über Prozeßhandlungen gelten. Näheres a. a. O. 125/126.

c) Wedemeyer, Auslegung und Irrtum 51 ff. hält im Gegensatze zu Schneider a. a. O. an der auch vom RG. 48 Nr. 47, 49 Nr. 99 vertretenen Ansicht fest, daß die prozessuale Anfechtungserklärung zugleich Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft des materiellen Rechtes ist, und sucht diese Ansicht folgendermaßen zu begründen.

Nach der neueren Lehre von Natur und Wirkung der Prozeßhandlung (Bülow, Geständnisrecht 79, 84 f.; Kohler, Buschs Z. **24** 18 ff., **29** 1 ff.; Wach, Buschs Z. **27** 1 ff.; Schneider a. a. O.) wirken die prozessualen Parteihandlungen lediglich kraft des Prozesses, sind vom Prozeß abhängig, sie haben keine selbständige Rechtswirksamkeit, sondern liefern bloß einen Beitrag zu der Gesamtwirkung aller, nur in ihrer Vereinigung wirksamen Prozeßhandlungen, erst im Urteile wird die Summe aus den einzelnen Prozeßentscheidungsfaktoren gezogen, welche durch die sich aneinanderreihenden Partei- und Gerichtshandlungen zusammengebracht sind.

Über dieser für den Prozeß zweifelsohne richtigen Erkenntnis darf nicht übersehen werden, daß die Prozeßhandlungen neben ihrer prozessualen Funktion auch als materiell-rechtliche Willenserklärungen wirken können. So kann z. B. die Wahl des wahlberechtigten Gläubigers bei der Wahlschuld durch Klage auf die gewählte Leistung geschehen, ohne daß eine anderweite Wahlerklärung vorzuliegen braucht. Auch die Annahme eines Vertragsangebots durch Klage auf die geschuldete Leistung ist denkbar. In diesen Fällen, wo eine Prozeßhandlung gleichzeitig eine Willenserklärung enthält, spielt der weitere Gang des Prozesses für die rechtsgeschäftliche Funktion der Prozeßhandlung keine Rolle. Mit Vornahme der Prozeßhandlung ist der in ihr sich offenbarende rechtsgeschäftliche Wille wirksam geworden. Die prozessualen Ergebnisse der Prozeßhandlung sind gleichgültig, weil der Wille von diesen Ergebnissen nicht abhängig gemacht ist.

Wer ein Anfechtungsrecht erst im Prozeß ausübt, zieht damit gewissermaßen zwei Schritte in einen zusammen. Die Ausübung des Anfechtungsrechts erst im Prozeß ist für den Kläger wie für den Beklagten ein Notbehelf, nötig, weil die rechtliche Situation, welche zur Ausübung des Anfechtungsrechts entweder vorher nicht ausreichend gewürdigt wurde, oder aber erst im Laufe des Prozesses durch neue Ereignisse geschaffen ist. Die beiden nacheinander erforderlichen Schritte, die Erklärung der Anfechtung und die prozessuale Geltendmachung der dadurch geschaffenen veränderten Rechtslage werden der äußeren Erscheinung nach nicht in einen Schritt zusammengezogen, sondern es wird lediglich der zweite Schritt getan, mit dem sich der Anfechtungsberechtigte schon jenseits der eigentlichen Anfechtungserklärung befindet. In dem zweiten Schritte ist der erste stillschweigend enthalten.

Aus dieser Auffassung ergibt sich für die Vollmachtsfrage, daß eine besondere, auf die Ausübung des Anfechtungsrechts gerichtete Vollmacht nicht erforderlich ist, weil die prozessuale Geltendmachung der geschehenen Anfechtung, die als unzweifelhafte Prozeßhandlung durch den gesetzlichen Umfang der Prozeßvollmacht gedeckt wird, die Anfechtung selbst enthält.

Ist in der Prozeßhandlung eine materiell-rechtliche Willenserklärung enthalten, so unterliegt diese auch den Vorschriften des materiellen Rechtes. Auch die im Prozesse geschehende Anfechtung muß daher unverzüglich erfolgen.

d) **RG. 53** 148, JW. **03** 21: Die durch den Prozeßbevollmächtigten abgegebene Anfechtungserklärung kann rechtswirksam auch im vorbereitenden Schriftsatz erklärt werden; die Anfechtungserklärung ist dann abgegeben mit dem Zeitpunkte der Zustellung des Schriftsatzes an den Gegner (vgl. auch **RG. 49** 392 u. **52** 334).

§ 144. Schlottmann, Anfechtbarkeit 78 ff.: Die Bestätigung ist nicht nur vor, sondern auch nach der Anfechtung möglich. — Sachlich ist die Bestätigung weiter nichts als ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht. Sie kann deshalb ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch tatsächliche Erfüllung, erfolgen (78). Da der Verzicht nach dem BGB. zu den empfangsbedürftigen Willenserklärungen gehört, muß man annehmen, daß sie entgegen der Regel des bisherigen Rechtes

dem Anfechtungsgegner gegenüber erklärt werden muß (79). A. M. freilich die Prot. I 133 f., II 275 f. und Planck zu § 144. — In allen Fällen wird durch das Erlöschen der Anfechtungsbefugnis nur festgestellt, daß das von vornherein gültige Rechtsgeschäft auch weiterhin gültig bleibt; es ist daher falsch, von einer „Heilung“ oder einem „Konvaleszieren“ zu sprechen (80).

OLG. Dresden, Sächs.A. **14** 226: Als „Bestätigung“ im Sinne des § 144, die auch stillschweigend erfolgen kann, muß jede rechtliche und tatsächliche Verfügung des Anfechtungsberechtigten angesehen werden, die den Willen offenbart, trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit beim Vertrage stehen zu bleiben (227).

Dritter Titel.

Vertrag.

Vertrag und Gesamtakt. Der Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, bei dem an zusammenwirkende Willenserklärungen eine Rechtsfolge geknüpft ist, die für die Beteiligten entgegengesetzte Bedeutung hat. In zweifacher Hinsicht vom Vertrage verschieden ist der Gesamtakt. Auch bei ihm wirken mehrere Willenserklärungen gleichen Inhalts zu einem Rechtserfolge zusammen. Aber a) beim Vertrage werden diese Willenserklärungen in Sachen verschiedener Personen abgegeben, für die ihre Rechtsfolge eine entgegengesetzte Bedeutung hat; beim Gesamtakte dagegen erfolgen die Willenserklärungen entweder in Sachen einer einzigen Person (z. B. durch mehrere Vormünder) oder, soweit sie in Sachen verschiedener Personen erfolgen, hat ihre Rechtsfolge dort für diese die gleiche Bedeutung. b) Der Vertrag ist stets für sich allein ein Rechtsgeschäft; der Gesamtakt dagegen vielfach nur ein unselbständiger Bestandteil eines Rechtsgeschäfts, er kann sowohl innerhalb eines Vertrages wie innerhalb eines einseitigen Rechtsgeschäfts vorkommen, und es ist deshalb nicht richtig, Vertrag und Gesamtakt als Arten des mehrseitigen Rechtsgeschäfts dem einseitigen Rechtsgeschäfte gegenüberzustellen. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 165/169.

§ 145. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **69** 247: Stillschweigen auf eine briefliche Ablehnung des Gläubigers von Abänderungen, mit denen eine von ihm begehrte Bürgschaft übernommen werden sollte, verpflichtet nicht, trotz Belassens der abgeänderten Bürgschaftsurkunde in den Händen des Gläubigers.

OLG. Hamburg, DIZ. **03** 228: Stillschweigende Unterwerfung unter die Bedingungen des einseitig aufgestellten Vertragsformulars eines Einzelkaufmanns ist nicht vorauszusetzen.

§ 147. Flügge, Recht des Arztes 60 ff., erörtert den Vertragsantrag des Patienten und seine Annahme durch den Arzt und betont, daß im Falle der Herbeiholung des Arztes durch Boten, Brief oder Depesche der Patient den Vertragsantrag stellt, indem er ihn zu sich bittet. Leistet der Arzt dem Rufe des Kranken rechtzeitig Folge, so ist der Kranke an diese Annahme seines Antrags gebunden; der Vertrag zwischen Arzt und Patienten ist zustande gekommen. — A. M. Brückmann, Ärztl. SachverständZtg. **02** 310 ff. — s. IDR. **1** Ziff. 1 f zu § 611 —, der (313) bemerkt: In den zahlreichen Fällen, wo der Arzt geholt wird, ohne daß man ihn von dem Charakter oder gar der besonderen Natur der seiner wartenden Krankheit in Kenntnis setzt, ist nicht schon in dem Folgeleisten die ärztliche Dienstleistung zu erblicken. Lehnt der Arzt, am Krankenbett angelangt, aus irgendeinem subjektiven Grunde die Behandlung ab, so ist überhaupt jeder Anspruch auf Entschädigung zu verneinen; denn die stillschweigende Bedingung, unter der der Arzt gerufen wird und dem Rufe folgt, ist, daß er überhaupt die Behandlung übernehmen will oder kann. Der Vertrag kommt solchenfalls erst am Krankenbette zustande; die „Reise“ tut der Arzt auf seine Gefahr. Für

solche „Besuche“, oder gar „ärztliche Bemühungen“ — im Falle der Ablehnung — zu liquidieren, ist unberechtigt. Andererseits ist der Patient natürlich gebunden (§ 145).

§ 148. RG. **53** 59, JW. **03** Beil. 5 (in Bestätigung von OLG. **6** 36 (Hamburg): Wird ein Vertragsanerbieten mit Setzung einer Frist zur Annahme gemacht, so muß im Zweifel die Annahmeerklärung innerhalb der Frist nicht nur abgegeben, sondern in den Besitz des Anerbietenden gelangt sein.

Die Frist wird nicht dadurch gehemmt, daß der Offerent nach Stellung der Offerte die Geschäftsfähigkeit verliert. Breit, Geschäftsfähigkeit 301.

Die Grundsätze, die in den §§ 147, 148 über die Rechtzeitigkeit der Annahme eines Vertragsantrags festgelegt sind, dürfen nur dann eine Modifikation erfahren, wenn der Offerent selbst durch treuloses Verhalten die Beobachtung der gesetzlichen oder gewillkürten Annahmefrist unmöglich macht. Auf diese Erwägung hätte das RG. **50** Nr. 40 seine Entscheidung stützen müssen. Breit, Geschäftsfähigkeit 302.

§ 149. Kipp, Festgabe d. jurist. Gesellschaft Berlin für Koch 116 ff., erörtert die Frage, ob der Antragende, nachdem die Anzeige des § 149 dem Annehmenden zugegangen ist, diese widerrufen kann, sei es, weil wirklich die Annahme rechtzeitig eingetroffen war, sei es, weil er sich nachträglich entschlossen hat, sie als rechtzeitig erfolgt gelten zu lassen. Wenn die Annahme rechtzeitig eingetroffen war, muß die Zurücknahme der irrigen Behauptung, daß sie verspätet sei, zugelassen werden. Anders ist zu entscheiden, wenn die Anzeige von der Verspätung der Annahme der Wahrheit entspricht, dann ist der Vertrag durch die Verspätung der Annahme gescheitert; das Eintreten der Fiktion des § 149 Satz 2 ist durch die Anzeige definitiv ausgeschlossen, der Vertrag kann nur neu errichtet werden. Ein Widerruf der Anzeige, nachdem sie dem Annehmenden zugegangen ist, ist somit nicht möglich. Danach weist die Anzeige von der Verspätung der Annahme, obwohl in dem Gewande der bloßen Mitteilung, doch sachlich als ein rechtswirksamer Protest gegen das Zustandekommen des Vertrags eine nahe Verwandtschaft zu den Rechtsgeschäften auf (117).

§ 151. I. a) Wedemeyer, Abschluß eines obligatorischen Vertrags durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen 97 ff.: Der richtige Zeitpunkt der Vertragsvollendung läßt sich nur dann finden und begründen, wenn man berücksichtigt, daß die nicht empfangsbedürftige Annahme immer noch eine Willenserklärung ist und daher neben dem Wirkungswillen auch das entsprechende Erklärungsbewußtsein aufweisen muß (97). Erörterung praktischer Fälle ebenda 99—105.

Irrtümliche Annahmehandlungen bespricht Wedemeyer a. a. O. 122 ff. Das Verhalten des Antragsempfängers darf nur soweit zum Schlusse auf den Annahmewillen verwendet werden, als es die Erfordernisse einer Willenserklärung erfüllt, also neben dem Wirkungswillen auch das erforderliche Erklärungsbewußtsein erkennen läßt. Wer z. B. infolge einer Verwechselung unbestellt empfangene Zigarren aufraucht, ohne den Annahmewillen gehabt zu haben, wird bis zur Anfechtung wegen Irrtums als Annehmender behandelt. Bei Begründung einer etwaigen Ersatzpflicht ist zu beachten, daß § 122 sich nur auf den Schaden bezieht, der durch die Funktion der Handlung des Aufrauchens als Willenserklärung verursacht ist. Im Gegensatze zur gemeinrechtlichen Judikatur gewährt das BGB. in solchen Fällen dem Zigarrenhändler nur den Ersatz des Einkaufswerts der Zigarren.

b) Die nicht empfangsbedürftige Annahme eines Vertragsantrags gehört, ebenso wie die empfangsbedürftige, zu den Willenserklärungen. Gegen Hell-

mann begründet dies Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 171, 142/143. (Ebenso Crome, JDR. **1** zu § 151.)

II. Aus der Praxis: OLG. Bamberg, SeuffA. **57** 448 ff.: § 151 bezieht sich auf solche Fälle, in denen der Antragende, der eine Leistung wünscht, auf sofortige Bewirkung der Leistung rechnet, ohne daß ihm vorher die Annahme des Vertrags angezeigt wird. Bei einem Antrag auf Stundung einer fälligen Forderung erwartet die Verkehrssitte auch eine Antwort, wenn ein Stundungsvertrag zustande kommen soll (450).

OLG. Breslau, R. **03** 359 Nr. 1945: Die Annahme des Vertrags setzt voraus, daß das Angebot zur Vertragschließung in einer zur Kenntnisnahme ausreichenden Verständlichkeit zugegangen ist. Das Zustandekommen bleibt ausgeschlossen, wenn der Antrag in einer Sprache zugeht, die den Willen des Anbietenden für den Empfänger unersichtlich läßt. Die Unterzeichnung eines fremdsprachigen Schriftstücks ersetzt keineswegs die Annahmeerklärung sofern nicht das Schriftstück lediglich den Beweis über das vorher mündlich zustande gekommene Rechtsgeschäft zu liefern bestimmt ist. Die Tatsache der späteren Übersetzung erweist noch nicht das Einverständnis mit dem Inhalte des Schriftstücks. Es muß erhellen, daß nunmehr der Unterzeichner nach Kenntnis des Inhalts dessen Billigung kundgetan hat.

OLG. **7** 3 (Dresden): Eine schriftliche Einigung ist erst dann als erfolgt anzusehen, wenn jeder Teil seine Willenserklärung dem anderen in der Weise zugängig macht, daß dieser davon Kenntnis nehmen und den zweckentsprechenden Gebrauch machen kann, wenn also eine gegenseitige Aushändigung der schriftlichen Erklärungen erfolgt. Die bloße Unterzeichnung der Urkunde enthält also keine zum Vertragsabschluß erforderliche Annahmeerklärung des Beklagten.

§ 153. 1. Breit, Geschäftsfähigkeit 299 ff.: Der § 153 wird durch § 130 Abs. 2 ergänzt. Er bezieht sich nur auf den Fall, daß die Geschäftsunfähigkeit nach dem Zugang eingetreten ist (299 f.).

Der § 153 ändert an der Geltung des § 147 nichts (301 f.).

Der § 153 enthält nur eine Auslegungsregel. Sie ist nicht anwendbar, wenn der Antragende, falls er seinen bevorstehenden Tod oder seine bevorstehende Geisteskrankheit oder Entmündigung bei Stellung des Antrags gekannt hätte, den Antrag vermutlich nicht gestellt haben würde (305). Unzutreffend ist die Ansicht Hölders und Endemanns, daß ausschließlich der Inhalt der Offerte maßgeblich sei. Vielmehr wird man den Regelsatz von der Fortdauer der Offerte stets dann nicht anzuwenden haben, wenn sich überhaupt der Nachweis erbringen läßt, der Offerent sei zu dem Antrage durch Erwägungen bewogen worden, die in seiner Person wurzeln und, soweit die Geschäftsfähigkeit in Frage kommt, in seiner als geschäftsfähig vorgestellten Person (306).

Wird die Offerte wegen Eintritts des Todes oder Geschäftsunfähigkeit des Offerenten hinfällig, so ist der Erbe bzw. der Geschäftsunfähige zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses verpflichtet. Das ergibt die Analogie aus §§ 122, 119, 120 BGB. (308 f.).

Wenn der Antragsgegner nach Absendung der Offerte verstirbt oder die Geschäftsfähigkeit verliert, so können nicht die gleichen Grundsätze angewendet werden (anders die herrschende Meinung). Ist der Gegner verstorben, so greifen die allgemeinen Grundsätze über die Sukzession Platz. Ist er dagegen geschäftsunfähig geworden oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Offerte höchstens nach § 119 Abs. 2 anfechtbar, weil ein Irrtum über wesentliche Eigenschaft der Person vorliegt (309 ff.).

2. Bei Versicherungen des eigenen Lebens muß der Versicherungsnehmer zur Zeit des Vertragsabschlusses noch leben. Die Gültigkeit einer Versicherung,

die auf das Leben eines Dritten genommen wird, ist trotz des Todes des Dritten gültig, sofern nur die Kontrahenten hiervon bei Vertragsabschluß keine Kenntnis haben. OLG. 6 251 (Hamburg).

§ 154. 1. Wlassak, ÖstCBl. **20** 282: Es fragt sich, was unter der unerläßlichen „Einigung" der Parteien zu verstehen ist, ob zum Vertragsschlusse die (inhaltliche) Übereinstimmung der Erklärungen genügt oder ob daneben noch der Einklang der beiderseitigen Willensbestimmungen erforderlich ist. Die Erledigung dieser Frage dürfte sich aus den §§ 119 und 120 ergeben. Wollte man nämlich einen Vertragsschluß nur anerkennen, wo die Parteien Übereinstimmendes nicht bloß erklären, sondern auch beabsichtigen, so wäre im Falle erheblichen Geschäftsirrtums einer Partei der Vertrag in aller Regel wegen Willensdissenses vereitelt, die Folge also: absolute Nichtigkeit. Von einer Anwendung der §§ 119, 121, 122 könnte nicht die Rede sein, da die Anfechtung keinen Gegenstand, keine an sich wirksame Willenserklärung vorfände. Ist es aber undenkbar, denselben Tatbestand nach den Grundsätzen über anfechtbare Geschäfte und zugleich nach den hiervon verschiedenen Regeln über absolute Nichtigkeit zu behandeln, und steht es andererseits durchaus fest, daß § 119 keineswegs bloß einseitige Rechtsgeschäfte, sondern auch vor allem Vertragserklärungen trifft, so bleibt nur ein Ausweg offen. Wir müssen die Vorschriften des BGB. über den Dissens beschränken auf Erklärungen, die sich inhaltlich nicht decken und demnach für den Vertragsschluß absehen von dem Erfordernisse des Einklanges der Willensbestimmungen.

Ebenso auch Danz, Iherings J. **46** 405 ff.: § 154 verlangt nur übereinstimmende Erklärungen, nicht auch noch außerdem eine innere Übereinstimmung über die Bedeutung der Worte. Hätte § 154 von der nach § 119 für alle Willenserklärungen geltenden Regel eine Ausnahme festsetzen wollen, so hätte dieses deutlich zum Ausdrucke gebracht werden müssen (406). A. M. Endemann 340 Note 18.

2. Aus der Praxis:

a) **RG.** JW. **03** Beil. 54: Die §§ 154 Abs. 1, 155 schließen nicht aus, daß neben dem schriftlich beurkundeten noch mündliche Abmachungen als Teile des Vertrags gelten können.

§ 154 Abs. 2 besagt nur, daß, wenn eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet ist, im Zweifel der Vertrag als nicht geschlossen gelten soll, bis die Beurkundung erfolgt ist.

b) **RG.** R. **03** 603 Nr. 3057: Auch nach dem BGB. gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß durch den Inhalt einer Vertragsurkunde in der Regel alle vorgängigen Verabredungen fest- und richtiggestellt werden, und daß daher nur unter ganz besonderen Umständen vorgehende abweichende Verabredungen neben dem Urkundeninhalte maßgebend sein können.

RG. R. **03** 428 Nr. 2233: Es spricht eine Vermutung dafür, daß der schriftlich abgefaßte Vertrag das schriftlich vereinbarte auch vollständig enthält. Nebenabreden, die im Laufe der Vertragsverhandlungen getroffen wurden, sind als wieder fallen gelassen anzusehen, solange nicht durch Darlegung bestimmter Gründe der Gegenbeweis geführt wird, daß sie trotz ihrer Weglassung aus der Vertragsurkunde fortgelten sollten. Diese Sätze gelten sowohl da, wo die schriftliche Abfassung auf Parteiwillen beruht, als auch da, wo das Gesetz schriftliche Beurkundung vorschreibt.

RG. R. **03** 41: Die Anfechtung des endgültigen schriftlichen Vertrags verschafft den Vorverhandlungen keine Wirksamkeit.

c) Abs. 2. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 124, R. **03** 526 Nr. 2626: Ist nach dem mündlichen Abschluß eines Gesellschaftsvertrags die schriftliche Beurkundung verabredet worden, so ist es Auslegungsfrage, ob die Abrede die

Aufhebung des Vertrags für den Fall nicht erfolgender Beurkundung bedeuten oder nur einen Anspruch auf Beurkundung gewähren soll (vgl. Neumann, Bem. II 4 zu § 154). Aus der Forsetzung des gemeinsamen Geschäftsbetriebs und der späteren Abrechnung ist zu entnehmen, daß die Verabredung der Beurkundung lediglich zwecks Beschaffung eines Beweismittels geschehen soll.

OLG. Braunschweig, R. **03** 549 Nr. 2764: Die Vermutung des Abs. 2 ist für den Fall aufgestellt, daß vor der Einigung der Parteien über die relevanten Punkte des Hauptvertrags die Schriftform für den abzuschließenden Vertrag vereinbart ist. Trifft dies zu, dann ist es Sache desjenigen, der Rechte aus dem formlos zustande gekommenen Vertrage geltend machen will, nachzuweisen, daß die Beredung der Form in einem anderen Sinne, als dem vom Gesetze vorausgesetzten, erfolgt ist.

§ 156. 1. Breit, Geschäftsfähigkeit 300/301: Die im Zuschlage liegende Annahme ist nicht empfangsbedürftig. Der Zuschlag kann erfolgen auch wenn der Bieter sich vorher entfernt hat.

2. OLG. Dresden, SächsA. **14** 222: Einem Übergebot kann dann keine rechtliche Wirkung zukommen, wenn es erst gleichzeitig mit dem Zuschlage, d. h. so spät erfolgt, daß es von dem Versteigerer nicht mehr berücksichtigt werden kann. (223.)

Literatur: Schneider, Treu und Glauben im Sinne des BGB. DJZ. **03** 232ff.

§ 157. 1. a) Schneider 236 gelangt zu folgendem Leitsatze für die richterliche Pflicht nach dem Gebote von Treu und Glauben: Der § 157 fordert eine verständige Auslegung des durch Rechtsgeschäft (oder Gesetz) gesetzten Rechtes. Er sorgt daneben dafür, daß die Worte dieses gesetzten Rechtes nicht als weiterwirkend anerkannt werden, als ihnen nach Treu und Glauben zukommt. Eine wirklich noch aus den Worten erkennbare Verfügung der Beteiligten (und des Gesetzes) berührt er aber nicht. In jenem Falle eröffnet er alsdann, soweit noch nötig, dem Richter das Gebiet der freien Rechtsfindung auch da, wo es durch solche Worte versperrt scheine.

b. Schneider a. a. O. 234: Ein gleicher Satz, wie § 157, gilt auch bei der Auslegung von Gesetzen. (Vgl. dagegen JDR **1** Ziff. 1 zu § 157.) Über Schneider s. vor allem JDR. **1** zu § 157 u. unten Ziff. 2 zu § 242.

2. Bei Divergenz zwischen gesetzlicher Auslegungsregel und Verkehrssitte geht letztere vor, auch wenn man annimmt, daß die Verkehrssitte kraft Gesetzes und nicht nur kraft Parteiwillens als Auslegungsmittel heranzuziehen ist. Wedemeyer, Auslegung und Irrtum 26—32.

3. Aus der Praxis. **RG.** R. **03** 603 Nr. 3058: Der Gewerbetreibende muß die Verkehrssitte gegen sich gelten lassen, wenn er nicht seinen abweichenden Willen unzweideutig seinen Kunden zu erkennen gegeben hat.

OLG. Köln, R. **03** 359 Nr. 1946: Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ist eine Zusicherung, daß für eine Reihe von Jahren die Dividende eines Unternehmens in einer bestimmten Höhe durch Hinterlegung von Wertpapieren gedeckt sei, dahin zu verstehen, daß die Sicherstellung nicht durch Hinterlegung von Aktien desselben Unternehmens, sondern von anderen, sicheren, an der Börse eingeführten Wertpapieren erfolgt ist; das Gegenteil muß ohne besondere Frage des Käufers ausdrücklich erklärt werden.

RG. JW. **01** 63/64: Wandelt sich eine offene Handelsgesellschaft in eine G. m. b. H. um, und werden die Gesellschafter zu Geschäftsführern, so haften sie persönlich für eine von der alten Gesellschaft gemachte Bestellung, auch wenn der Verkäufer der neuen Gesellschaft entgegen der ursprünglichen Barzahlungsabrede auf Kredit liefert, da derselbe eine Expromission bei der Identität der erst bestellenden und nachher Kredit vereinbarenden Personen nicht annehmen konnte.

RG. SächsA. **13** 70: Die Nichterfüllung der formellen Versicherungsbedingungen hat die an sie geknüpfte Verwirkung des Versicherungsanspruchs nur dann zur Folge, wenn sie eine schuldhafte ist, es sei denn, daß die Versicherungsbedingungen das Gegenteil bestimmen.

RG. **53** 59: Die römisch-rechtliche Regel, daß undeutliche Ausdrucksweise gegen den Erklärenden auszulegen ist, kann, wenn es sich nicht um die Auslegung eines zustande gekommenen Vertrags, sondern darum handelt, ob der Vertrag zustande gekommen ist, nicht von entscheidender Bedeutung sein. Diese Regel bildet nach dem BGB. überhaupt keine bindende Rechtsnorm, sondern ist nur insofern maßgebend, als sie im einzelnen Falle dem Grundsatze von Treu und Glauben nach der Auffassung des Rechtslebens gemäß § 157 entspricht (60).

Vierter Titel.

Bedingung. Zeitbestimmung.

§ 158. 1. Diese Vorschriften der §§ 158 ff. sind in erster Reihe für die durch Rechtsgeschäft gesetzten Bedingungen gegeben, sie finden aber auch auf die von dem Gesetz unmittelbar gesetzten Anwendung, soweit nicht die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebenden sonstigen Rechtsnormen entgegenstehen. Bendix, SeuffBl. **67** 536.

2. **RG.** **53** 212, JW. Beil. **03** 23: Ein durch unpünktliche Zinsenzahlung fällig oder kündbar gewordenes Kapital bleibt fällig oder kündbar, auch wenn der Gläubiger nachträglich die Zinsen ohne Vorbehalt angenommen hat.

3. Beweislast (s. vor allem JDR. **1** Ziff. 4 zu § 158). OLG. Marienwerder, SeuffA. **58** Nr. 136, R. **03** 359 Nr. 1947: In der Behauptung einer aufschiebenden Bedingung ist ein Leugnen der gegnerischen Behauptung enthalten, es fällt daher dem Gegner der Beweis des unbedingten Abkommens zu.

4. Abs. 2. **RG.** **54** 340 ff., JW. **03** Beil. 79: Der vertragsmäßig vorbehaltene Rücktritt von einem Kaufvertrage über bewegliche Sachen hat an sich nur obligatorische Wirkung; die Vertragschließenden können ihm aber insofern dingliche Wirkung geben, als sie ihn von der auflösenden Bedingung der Erklärung des Rücktritts abhängig machen, die nach § 158 Abs. 2 dinglich wirkt.

§ 159. Lotmar, Dienstvertrag 578 ff.: § 159 bezieht sich nur auf bedingte und damit etwa auch implicite befristete Geschäfte, nicht aber auf solche, die, auch abgesehen von der Bedingung, d. h. explicite mit einer Befristung ausgestattet sind. Bei solchen würde die Rückbeziehung der Wirkung inhaltswidrig sein. Zu diesen nicht unter § 159 fallenden Geschäften gehört die befristete Kündigung (581).

§ 162. **RG.** **53** 259: Eine Partei, deren Verpflichtung nach dem Vertrage von dem Eintritt einer Potestativbedingung abhängt, handelt nicht gegen Treu und Glauben, wenn sie den Eintritt der Bedingung in der Absicht verhindert, sich die Vorteile aus dem damit vereitelten Geschäft auf andere Weise zu sichern.

§ 163. Über Zeitbestimmungen bei Schuldverhältnissen vgl. de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 47 ff.

Fünfter Titel.

Vertretung. Vollmacht.

Vorbemerkung: Während im ersten Jahrgang außer dem großen Werke Schloßmanns über die Lehre von der Stellvertretung noch eine Anzahl namhafter Abhandlungen zu diesem Titel zu berücksichtigen waren, ist im Berichtsjahre von umfang-

reicheren theoretischen Arbeiten nur „die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht“ von Hupka, der bereits durch seine Vollmacht auf diesem Gebiete bekannt geworden ist, hervorzuheben. (Den eigenen Bericht Hupkas s. Ziff. 1 zu § 179). Außerdem sei besonders auf die Ausführungen von Eccius Ziff. 1 zu § 167 u. Ziff. 1 zu § 168 verwiesen. Wiederum hat „das Kontrahieren mit sich selbst“ (§ 181) Theorie und Praxis vielfach beschäftigt. Vor allem hat die Entscheidung des KG., die verlangt, daß bei einem Erbauseinandersetzungsvertrage zwischen mehreren minderjährigen Geschwistern für jeden von ihnen ein besonderer Pfleger bestellt werde, zu Bedenken Anlaß gegeben (Ziff. 3 zu § 181). Wie häufig und in wie verschieden gearteten Fällen die Gerichte vor die Frage gestellt wurden, ob ein Verstoß gegen § 181 vorliegt oder nicht, zeigen die zahlreichen Entscheidungen, unter Ziff. 7 zu § 181.

Literatur: Eccius, Zur Lehre von der Vollmacht nach dem BGB. Gruchots Beitr. **47** 219—221. — Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig, 1903. — Huther, Kann die Ehefrau über eingebrachtes Gut unbeschadet der Regel des § 181 BGB. verfügen, wenn sie die nach § 1395 BGB. erforderliche Einwilligung des Mannes dazu auf Grund einer von ihm ausgestellten Vollmacht in seinem Namen dem anderen Teile gegenüber erklärt? ZBlFrG. **4** 182, 188.

§ 164. 1. Langen: Eigentumserwerb bei Kommissionsgeschäften 98 bis 104: Die Bestimmung des § 164 greift nur dort Platz, wo nach Absicht der Beteiligten eine individuell bestimmte Person als Trägerin von Rechten und Pflichten in Frage kommt. Hier muß die Stellvertretungsabsicht gegenüber dem anderen Teile erklärt werden; sonst genügt es, wenn sie überhaupt in irgendeiner Weise erkennbar war.

Ersteres trifft z. B. bei obligatorischen Verträgen zu, letzteres bei Eigentumsübertragungsverträgen, sofern die Person des neuen Eigentümers für den Zedenten ohne Interesse ist.

2. Jung, Gegenseitige Vertretungsmacht der Ehegatten, BayNotZ. **03** 20 ff.: Das BGB. erkennt eine gegenseitige gesetzliche Vertretungsmacht der Ehegatten nicht an, insbesondere nicht, soweit es sich um Eingehung von persönlichen Verpflichtungen handelt. Will ein Ehegatte im Namen des anderen handeln, so bedarf er hierzu der Vollmacht des anderen Ehegatten, wie jeder sonstige Vertreter. Vollmacht oder Zustimmung wird nicht vermutet, sondern ist vorzulegen oder nachzuweisen (21).

3. Die Worte „durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht)“ beweisen, daß es auch eine nicht auf Rechtsgeschäft beruhende Vertretungsmacht gibt, es also unrichtig ist, bei jeder gesetzlichen Vertretungsmacht einen „Auftrag“ zu fingieren. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 19.

4. Rechtsprechung: a) Abs. 1. RG. Seuff. Bl. **68** 501: Aus dem Begriff und der Rechtsnatur der Vollmacht folgt das auch für den § 164, daß der Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Willen erklären darf, der dem ihm bekannten Willen des Machtgebers widerspricht, daß der Bevollmächtigte aus seiner Willenserklärung keine Rechte gegen den Machtgeber herleiten kann und ebensowenig der Dritte, der den abweichenden Willen des Machtgebers weiß und erkennen kann, daß die Vollmacht gemißbraucht wird.

OLG. Posen, SeuffA. **58** 181: Die mit dem Willen des Absenders einer Ware geschehene Einlösung des Nachnahmebetrags gilt als Bezahlung des Kaufpreises, denn die Zahlung des Nachnahmebetrags an die zur Empfangnahme vom Absender bevollmächtigte Bahnverwaltung vertritt völlig die Zahlung an den Absender persönlich.

OLG. **6** 37 (Kiel): Treten Erklärungen des Machtgebers mit denen des Bevollmächtigten in Widerspruch, so bleiben die letzteren als den Willen des

Machtgebers lediglich ergänzende außer Betracht, da infolge des eigenen Handelns des Machtgebers ein Fall für seine Vertretung nicht gegeben ist.

RG. 54 103, JW. **03** Beil. 58: Wenn der Handelnde zwar für den anderen das Geschäft abschließen und für ihn erwerben will, dies aber nicht zum Ausdrucke bringt, sondern das Geschäft im eigenen Namen abschließt, so erwirbt zunächst der Handelnde selbst und ist nur obligatorisch verpflichtet, das Eigentum auf den Geschäftsherrn zu übertragen.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **68** 303: Im Sinne des § 164 Abs. 1 Satz 2 kommt es darauf an, in wessen Namen der Vertreter tatsächlich zu kontrahieren beabsichtigte, nicht darauf, in wessen Namen er normalerweise hätte kontrahieren sollen.

RG. JW. **03** Beil. 74: Betrügerisches Zusammenwirken des Vertreters und des Dritten schließt den Rechtserwerb des Dritten aus.

Über das Verhältnis der Vollmacht zum Auftrag OLG. **7** 4 (KG.).

b) Abs. 2. OLG. Frankfurt a. M., R. **03** 127: Im Falle des § 164 Abs. 2 erwirbt der Vertreter nicht bloß im Verhältnisse zur Gegenpartei, sondern überhaupt, also auch im Verhältnisse zu Dritten, die Rechte und Pflichten aus dem Vertrage zunächst für sich selbst und behält sie so lange, bis er dem obligatorischen Anspruche des Vertretenen auf Übertragung derselben Genüge geleistet hat. (Über die Streitfrage der Auslegung des Abs. 2 handeln eingehend Ziff. 5—8 JDR. **1**.)

RG. Gruchots Beitr. **47** 987 f.: Der Wille des Vertreters, für den Geschäftsherrn Besitz und Eigentum zu erwerben, kann schon im voraus im Einverständnisse mit diesem erklärt sein, ehe er überhaupt selbst Besitz und Eigentum an den ihm zu übergebenden Sachen durch die Übergabe erworben, wenn er nur bei dieser mit dem Willen handelt, Besitz nnd Eigentum durch den zunächst für ihn selbst sich vollziehenden Erwerb sogleich für den Geschäftsherrn zu erwerben.

§ 166. 1. Westmann, Rechtsstellung des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins 27 ff.: Abs. 1 findet Anwendung, wenn dessen Voraussetzungen auch nur bei einem einzigen, an der Beschlußfassung teilnehmenden Mitgliede vorliegen. Grund: Beschlußfassung ist ein unteilbarer Akt (s. o. Ziff. 2c zu § 26).

2. a. Abs. 2. **RG. 53** 274 ff., JW. **03** Beil. 42: Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft von jemand erteilte Macht, in dessen Namen Rechtshandlungen vorzunehmen, während Einwilligung oder Ermächtigung die im voraus einem anderen erklärte Zustimmung dazu ist, daß dieser durch Rechtshandlungen, die er in eigenem Namen vornehmen werde, über ein Recht des Zustimmenden verfüge (275). Vollmacht und Einwilligung können zugleich erteilt werden.

b. Kenntnis des Gerichtsvollziehers. OLG. Hamburg, SeuffA. **58** 299: § 166 findet auf die Kenntnis des Gerichtsvollziehers keine Anwendung, weil er sich nur auf Rechtsgeschäfte, d. h. auf Willensäußerungen privater oder öffentlicher Korporationen einschließlich des Staates in deren Eigenschaft als Privatpersonen bezieht. Die Pfändung des Gerichtsvollziehers ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine obrigkeitliche Rechtshandlung, die der Gerichtsvollzieher als Beamter kraft seiner Amtsbefugnis vollzieht und die auch nicht dadurch zum Rechtsgeschäft wird, daß sie im Auftrag einer Privatperson vollzogen wird, noch dadurch, daß sie privatrechtliche Wirkungen für den Auftraggeber hat.

OLG. Bamberg, SeuffA. **58** 301: Die Kenntnis des pfändenden Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners kann dem Gläubiger nicht zugerechnet werden, wenn der Gerichtsvollzieher nicht eine besondere Vertretungsvollmacht vom Gläubiger empfangen hatte. § 166 hat eine wahre Vertretungsvollmacht im Auge, eine Vollmachtsart, welche durch den Auftrag zur Zwangsvollstreckung allein dem Gerichtsvollzieher nach den Bestimmungen der

ZPO. nicht erteilt wird. (Die Stellung des **RG.** und die Literatur zu dieser Frage s. IDR. **1** Ziff. 1.)

§ 167. 1. Eccius a. a. O. 210 ff.: Die Erteilung der Vertretungsmacht, mag sie durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder gegenüber dem Dritten erfolgen, hat durch sich selbst noch nicht die Entstehung eines Rechtsverhältnisses zur Folge, ein solches besteht daraufhin weder zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, noch zwischen dem Machtgeber und dem Dritten. Die Vertretungsmacht läßt sich nicht als ein erworbenes Recht des Bevollmächtigten bezeichnen, sie enthält eine Erweiterung weder seiner Rechtspersönlichkeit, noch seines Vermögens. Die Vertretungsmacht, die nicht einmal eine auf ihre Begründung abzielende Erklärung zur Voraussetzung hat, die sich vielmehr von Rechts wegen ebenso an die Kundgebung einer angeblichen Tatsache knüpft, ist kein Recht. Sie begründet für den Machtgeber und ihm gegenüber nur die Rechtslage, daß durch eine nach außen hervortretende Rechtshandlung des Bevollmächtigten oder ihm gegenüber derselbe Erfolg herbeigeführt wird, wie wenn an Stelle des Bevollmächtigten sich der Machtgeber selbst befunden hätte. Die bis dahin wirkungslose Vollmacht erlangt also erst mit dieser Tätigkeit des Bevollmächtigten oder ihm gegenüber rechtliche Wirksamkeit. Hieraus ist zu folgern: Die Rechtswirksamkeit der Rechtshandlung, die der Vertreter vornimmt, oder die ihm gegenüber vorgenommen wird, geht nicht weiter, als ein zu dieser Zeit von dem Vertretenen selbst oder ihm gegenüber erfolgender gleicher Akt wirksam ist. Es genügt daher nicht, daß der Vertretene zur Zeit der Vollmachtserteilung verfügungsberechtigt war, er muß es auch zur Zeit der Rechtshandlung des Vertreters sein, wenn der Gegenstand durch die Verfügung des Vertreters erfaßt werden soll (211).

Wenn der Aussteller einer abstrakten Vollmachtsurkunde oder jemand, der einem anderen durch Erklärung an ihn oder an Dritte Vollmacht erteilt oder durch Kundgebung davon Mitteilung gemacht hat, stirbt, so kann das, was in seiner Vertretung geschieht, ihn nicht mehr berühren, weil er selbst nicht mehr handeln kann. Die Möglichkeit einer wirksamen Vertretung ist weggefallen. Eine abstrakte Vollmacht, die jemand für sich und seine Erben ausstellt, ist in den letzteren Worten ein völlig bedeutungsloses Schriftstück (212). Ein nach dem Tode des Machtgebers für die Erben fortbestehendes, eine Vollmacht in sich schließendes Rechtsverhältnis muß dagegen notwendig dahin wirken, daß der danach in der Macht und im Rechte des Bevollmächtigten stehende Vertretungsakt jetzt in Vertretung der Erben des Machtgebers als solcher wirksam vorgenommen wird. Zusammenfassend ist deshalb zu sagen: eine durch ein Rechtsverhältnis begründete Vollmacht rechtfertigt eine Vertretung mit Wirksamkeit für den Vertretenen, wenn dieser dem Vertreter gegenüber gebunden war, den Vertretungsakt als durch das Rechtsverhältnis begründet anzuerkennen. Danach gestalten sich aber auch andere Sätze, wie z. B. die die Verfügungsberechtigung oder Geschäftsfähigkeit des Vertretenen betreffenden, hier anders als im Falle der abstrakten Vollmacht (216).

2. Breit, Geschäftsfähigkeit 297: Eintretende Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers berührt den Bestand der abstrakt erteilten Vollmacht nicht.

3. Aus der Praxis: **RG. 52** 96 ff.: Aus dem Begriff und der Rechtsnatur der Vollmacht folgt für den § 167, daß der Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Willen erklären darf, der dem ihm bekannten Willen des Machtgebers widerspricht, daß der Bevollmächtigte aus solcher Willenserklärung keine Rechte gegen den Machtgeber herleiten kann, und ebensowenig der Dritte, der den abweichenden Willen des Machtgebers weiß und erkennen kann, daß die Vollmacht gemißbraucht wird (99). Das **RG.** hat in diesem Urteile die Entscheidung des

OLG. 6 37 (Kiel) bestätigt, das eine Generalvollmacht für ungültig erklärt, nach der der Machtgeber unbeschränkt in allen seinen Angelegenheiten zu vertreten ist.

RG. JW. **03** Beil. 80: Die dem Bevollmächtigten übertragene Vertretungsmacht muß sich darauf erstrecken, die Erklärung Namens des Vertretenen so zu erteilen, wie sie allein rechtswirksam erfolgen kann.

RG. R. **03** 16: Vollmachtserklärungen sind an sich, auch wenn sie zum Zwecke des Abschlusses von Verträgen über unbewegliche Sachen erfolgen, nicht formbedürftig.

§ 168. 1. Satz 1. Eccius a. a. O. 214: Einer Vollmacht liegt ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 168 Satz 1 nur in den Fällen zugrunde, in denen es zu dem Inhalt eines Rechtsverhältnisses gehört, daß der eine in Vollmacht des anderen zu handeln habe. Hierhin gehört der Auftrag, im Namen und in Vertretung des Auftrag- und Machtgebers ein Rechtsgeschäft abzuschließen, der Verwaltungsvertrag mit der Ermächtigung des Prinzipals an den Verwalter, in der Verwaltung liegende Rechtsgeschäfte in seinem Namen abzuschließen, der Vertrag mit dem Handlungsgehilfen, der gerade dazu angenommen ist, als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter tätig zu sein, der Gesellschaftsvertrag, der dahin geschlossen ist, daß ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten als geschäftsführender Gesellschafter den anderen bei Rechtsgeschäften zu vertreten habe. Hat ein zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten bestehendes Rechtsverhältnis nur den Anlaß gegeben zur Erteilung der Vollmacht, so kann man nicht sagen, daß es der Vollmacht zugrunde liege.

Der erste Satz des § 168 bringt einmal zum Ausdrucke, daß mit dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis auch die Vollmacht erlischt, er enthält aber außerdem die Regel, daß, soweit das aufgehobene Rechtsverhältnis zugunsten des Beauftragten oder des die Geschäfte führenden Gesellschafters trotz der Aufhebung als fortbestehend gilt, ebenso auch die Vollmacht als fortbestehend und wirksam zu erachten ist. Diesen Satz setzt § 169 stillschweigend voraus.

2. Breit, Geschäftsfähigkeit 298: Die Vollmacht erlischt nicht durch Verlust der Geschäftsfähigkeit auf seiten des Bevollmächtigten. Sie ruht nur, lebt also wieder auf nach Wiedereintritt der Geschäftsfähigkeit.

Ebenso verhält es sich mit allen anderen Konsenserklärungen (s. u. Ziff. 2 zu § 183).

3. Aus der Praxis:

a) PrOVG. **42** 123: War bei Erteilung der Vollmacht das Rechtsverhältnis in zulässiger Weise so gestaltet, daß eine eigentümliche Art des Widerrufs bedungen wurde, so blieb diese Abrede nach § 168 für das Erlöschen der Vollmacht bestimmend, und zwar nicht nur gegenüber den Bevollmächtigten, sondern auch gegenüber Dritten, die auf Grund der Vollmachten Erklärungen der Bevollmächtigten für ihre Machtgeberinnen entgegennahmen.

b) OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **03** 21: Die auf Grund Auftrags erteilte Vollmacht erlischt in der Regel nicht durch den Tod des Auftraggebers.

§ 172. Aushändigung und Rückgabe der Vollmachtsurkunde sind keine Willenserklärungen, sondern private Handlungen ohne Äußerungsgehalt. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 216.

§ 174. Über Mahnungsmöglichkeit durch Bevollmächtigte vgl. de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 129 ff. — Mangels Spezialvollmacht zur Entgegennahme der Leistung ist bei Holschulden die formell gültige Mahnung durch die beschränkte Vertretungsmacht materiell paralysiert. — Über die Notwendigkeit einer Sondervollmacht zur Leistungsentgegennahme s. a. a. O. 130 ff.

§ 177. 1. Westmann, Rechtsstellung des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins: Überschreitet der Vorstand die ihm vom Vereine gegebenen Weisungen, hält er sich aber in den Grenzen der durch die Satzung ihm gewährten Vertretungsmacht, dann nur Haftung des Vorstandes gegenüber dem Verein, abgesehen von § 665 oder bei Billigung der Überschreitung durch den Verein.

Überschreitet der Vorstand die satzungsgemäße Befugnis, dann vertritt er nicht den Verein, §§ 177—180 finden dem Dritten gegenüber, §§ 677—687 für das Verhältnis des Vorstandes zum Verein Anwendung. Dem Dritten gegenüber gilt das Geschäft nur bei Genehmigung des Vereins. Der Vorstand hat diese Genehmigung dem Dritten zu erklären, der Dritte muß sich auf eigene Gefahr vergewissern, ob die vom Vorstande behauptete Genehmigung erfolgt ist, weil § 31 voraussetzt, daß der Vorstand innerhalb seiner Kompetenz handelt.

Haftung des Vereins aus § 278 denkbar bei bestehendem Vertragsverhältnisse zwischen Verein und Dritten, wenn der Vorstand „als gesetzlicher Vertreter" seine satzungsmäßigen Kompetenzen überschreitet (26 a. a. O.), indessen § 179 Abs. 3. Das dort geforderte „Kennenmüssen" ist auch anzunehmen, wenn die Unkenntnis des Dritten auf Fahrlässigkeit beruht (§ 68). In diesem Falle konkurrierendes Verschulden des Dritten, ähnlich wie bei § 254.

2. Sigel, Der gewerbl. Arbeitsvertrag 19: Der Tarifvertrag (kollektiver Arbeitsvertrag) bindet nach § 177 in Verbindung mit § 157 nur diejenigen Personen, welche ihn ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt haben.

§ 179. 1. Hupka, Haftung des Vertreters 83 ff.: Der Rechtsgrund der Vertreterhaftung liegt in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Behauptung des Vertreters, daß er Vertretungsmacht besitze. Die Haftung trifft nur den Vertreter im technischen Sinne des Wortes, daher nicht denjenigen, der ohne Ermächtigung über fremde Rechte im eigenen Namen verfügt, nicht den unbefugten Geschäftsgehilfen, nicht den Fälscher einer Geschäftserklärung (102 ff.).

Die Haftungsnorm des § 179 findet — trotz dem Wortlaute des § 180 Satz 2 — auch bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen zugunsten desjenigen, der materiell Geschäftsgegner ist, entsprechende Anwendung, daher insbesondere bei Willenserklärungen, die entweder gegenüber einem Beteiligten oder gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben sind, auch wenn sie dem letzteren gegenüber abzugeben werden, bei Auslobungen, bei Skripturobligationen. In letzterer Hinsicht kann die Haftung des § 179 auch bei Wechselerklärungen Platz greifen, wenn der wechselrechtliche Haftungsanspruch des Art. 95 WO. (wegen Mangels der formellen prokuratorischen Zeichnung; s. die Bem. zu Art. 95 WO.) ausgeschlossen oder verjährt ist (121 ff.).

Das nachgewiesene Vorhandensein der das Geschäft deckenden Vertretungsmacht schließt die Haftung des Vertreters auch dann aus, wenn die Vertretungsmacht auf einem anderen Titel beruht, als welchen der Vertreter beim Geschäftsschlusse behauptet hat (144 f.).

Bei teilweiser Wirksamkeit eines die Vollmacht überschreitenden Geschäfts haftet der Vertreter nur in Ansehung des unwirksamen Geschäftsteils (149 ff.). Ebenso bei (gültiger) teilweiser Genehmigung eines vollmachtlos geschlossenen Geschäfts (163 f.).

Der Vertreter steht für seine Vertretungsmacht nur ein, wenn und soweit er sie ausdrücklich oder durch die Art seines Auftretens behauptet hat. Er haftet daher nicht, wenn er die Vertretungsmacht als zweifelhaft hingestellt hat, und er haftet, wenn er bloß den äußeren Tatbestand, auf den er seine Annahme der Vollmacht stützt, mitgeteilt hat, nur für die wahrheitsgetreue und vollständige Mitteilung dieses Tatbestandes und für den vorwurfsfreien Glauben an dessen vollmachtbegründende Kraft (178 ff.).

Der Vertreter ist zivilrechtlich verpflichtet, dem Dritten zum Zwecke der Prozeßführung wider den vermeintlichen Machtgeber alle ihm (dem Vertreter) selbst zu Gebote stehenden Beweisgründe und Beweismittel an die Hand zu geben, die zur Erhärtung der Vollmacht dienen (213 ff.).

Der „Schadensersatz“ des § 179 Abs. 1 ist immer Geldersatz (231 ff.); gegen Planck, Kommentar Nr. 2 zu § 179. (Über das „Vertrauensinteresse“ vgl. besonders Wilutzki JDR. **1** Ziff. 7).

Zum Schadensersatze des § 179 Abs. 1 und 2 gehört insbesondere der Ersatz der Kosten des gegen den Vertretenen fruchtlos geführten Prozesses (234, 247).

Ist das Interesse des Dritten an der Wirksamkeit des Geschäfts gleich Null, so ist auch ein etwa vorhandenes negatives Geschäftsinteresse nicht zu vergüten (251); a. M. Hölder, Kommentar Nr. 4 zu § 179. Der Schadensersatzanspruch gegen den Vertreter (nicht auch der Erfüllungsanspruch) zessiert, wenn und soweit der Geschäftsanspruch gegen den Prinzipal faktisch unrealisierbar gewesen wäre (236, 238 f., 258).

Über die Anwendbarkeit der Haftungsnorm des § 179 BGB. auf prozessuale Handlungen vgl. die Bem. zu § 89 Abs. 1 Satz 3 ZPO.

2. Fischer, Der Schaden 125—131: Erfüllung ist zu leisten, wie der (Pseudo-)Vertretene erfüllt haben würde, Schadensersatz ist zu leisten dafür, daß der Vertretene nicht zur Erfüllung verbunden ist. Ist dem Vertretenen die ausbedungene Leistung aus einem von ihm nicht zu vertretenen Umstand unmöglich (§§ 306, 275), so haftet auch der Ersatzpflichtige nicht auf Erfüllung, er haftet aber auch nicht auf Schadensersatz. Ist der Vertretene in Konkurs verfallen oder zur Erfüllungszeit aus einem anderen Grunde offenbar insolvent, so haftet auch der Ersatzpflichtige nur in Höhe der Konkursdividende oder in Höhe desjenigen Betrags, der sonst von dem Vertretenen zu erlangen wäre.

3. Die Verweigerung der Genehmigung ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine unmaßgebliche Willensäußerung. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 184/186.

4. Aus der Praxis. a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **69** 3: Der Vertreter hat seine Vertretungsmacht zu beweisen, der andere Teil darzutun, daß der Vertrag im Namen eines anderen abgeschlossen und von diesem nicht genehmigt wurde.

b) **RG.** SeuffBl. **68** 185 ff.: Die Haftung der vor der Eintragung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung Handelnden wird durch die Kenntnis des Vertragsgegners von dem Nichtbestehen der Gesellschaft nicht ausgeschlossen.

§ 180. 1. Über die Mahnungsmöglichkeit durch Geschäftsführer siehe de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 133 ff. Ohne Beschränkung auf durch die negotiorum gestio begründete Forderungen kann die Mahnung des Geschäftsführers zwecks Ausführung der bereits übernommenen gestio auch anderweitige Ausstände betreffen (l. 24 § 2, D. 22, 1).

2. Satz 2. Über die extensive Interpretation des Satzes 2 auf nicht empfangsbedürftige Geschäfte Hupka 122 (s. o. Ziff. 1 zu § 179) und 125: Satz 2 enthält eine sehr wesentliche Beschränkung des im Satz 1 verkündeten Prinzips. Wo immer einem einseitigen Rechtsgeschäft eine unmittelbare materielle Zweckbeziehung auf eine andere Person innewohnt, — und das ist bei der überwiegenden Mehrzahl dieser Geschäfte der Fall — dort ist der prinzipgemäße Ausschluß der Genehmigung und der Vertreterhaftung bedingt durch die unverzügliche Erklärung des anderen Teiles, daß er die Handlung des Vertreters wegen des Mangels oder der Illiquidität der Vollmacht nicht anerkenne. Unbedingt wirksam ist das Prinzip bloß bei jenen einseitigen Akten, die einer solchen materiellen

Richtung auf eine andere Person **entbehren**, also insbesondere bei der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft.

§ 181. 1. **Huther**, ZBlFrG. **4** 182 ff.: Die Ehefrau kann über eingebrachtes Gut nicht verfügen, wenn sie bloß auf Grund einer Generalvollmacht ihres Mannes dessen Einwilligung dazu erklärt. Sie bedarf noch der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Gestattung des Mannes zum Kontrahieren mit sich selbst (vgl. § 1395).

Die Ansicht, das Verbot des § 181 bleibe auf sich beruhen, wenn sie die Einwilligung des Mannes nur nicht sich selbst gegenüber, sondern dem „anderen Teile" gegenüber erkläre, weil sie in letzterem Falle nicht mit sich selbst das Rechtsgeschäft vornehme, übersieht den Unterschied zwischen dem Zusatze „sich selbst gegenüber" (§ 182 BGB.) und demjenigen „mit sich selbst" (§ 181 BGB.) und schließt mit Unrecht im ersteren Falle das Kontrahieren mit sich selbst aus. Ob z. B. der Vormund eines Minderjährigen zu einem Vertrage zwischen sich und ihm sich selbst oder dem Minderjährigen gegenüber die Zustimmung erklärt, ist gleichgültig, immer bleibt der Vertrag nicht nach § 1395 BGB., sondern ebenfalls nach § 181 unwirksam, auch in letzterem Falle hat er „mit sich selbst" das Rechtsgeschäft vorgenommen. Wenn aber die nach § 1900 BGB. zum Vormund ihres Mannes bestellte Frau gemäß § 1409 BGB. die vormundschaftliche Einwilligung zu ihrer Verfügung über das eingebrachte Gut erklärt, ist letztere gültig, ob sie sie dem anderen Teile oder sich selbst gegenüber erklärt. Ihr ist das Selbstkontrahieren gestattet, wie aus § 1409 zu entnehmen ist (**Planck** IV 159).

Die Kommission II, von der die Vorschrift im § 181 herrührt, wollte damit den Vertretenen gerade auch einem Generalbevollmächtigten gegenüber schützen (Prot. I 174 f.), verlangte also auch im Falle der Generalvollmacht die Gestattung.

Aus den in der Generalvollmacht enthaltenen Spezialvollmachten und den Umständen, unter denen sie erteilt worden ist, kann um so mehr auf eine Gestattung zum Selbstkontrahieren geschlossen werden, als gerade die Ehefrau als Vormund ihres Mannes in Bezug hierauf günstiger gestellt worden ist (187).

⇛ Der von **Dennler** ZBlFrG **4** 331 erhobene Einwand, es komme § 181 nicht in Betracht, wenn die Frau den Mann **in seiner Mitverfügung** über eingebrachtes Gut vertrete, weil die Mitverfügung sich nicht an die Frau, sondern an den anderen Teil richte und in ihrem rechtlichen Effekte seiner Einwilligung gleichkomme, scheitert daran, daß auch die Mitverfügung des vertretenen Mannes Wert nicht für sich, sondern nur als Einwilligung zu der von der Frau im eigenen Namen vorgenommenen Verfügung hat. Aber auch, wenn man die letztere Verfügung als die nach § 1375 BGB. erforderliche Zustimmung der Frau zu der von ihr Namens des Mannes vorgenommenen Verfügung über das Gut auffaßt, kontrahiert die Frau mit sich selbst und bleibt die „Gestattung" im Sinne des § 181 unentbehrlich. **Huther**. ⇚

2. a) **Brachvogel**, Gruchots Beitr. **47** 551: Als ein **ausschließliches Erfüllungsgeschäft** ist ein solches anzusehen, durch das eine Verbindlichkeit erfüllt und nicht eine neue — nicht schon aus jener Erfüllung nach dem Gesetze (z. B. nach § 368) sich ergebende — **rechtsgeschäftlich** begründet wird.

b) KGBl. **03** 97 (KG.): Das von einem Vertreter mit sich selbst vorgenommene Rechtsgeschäft besteht dann nie **ausschließlich** in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn die Erfüllung nicht unmittelbar durch Entnahme von Geld aus der Kasse des Vertretenen zur Befriedigung des Vertreters oder auch durch Aufrechnung, sondern durch Leistung an Erfüllungsstatt erfolgen soll; denn dann besteht das Geschäft zwar nach der einen Seite hin in der Erfüllung, da-

neben jedoch besteht nach der anderen Seite hin ein völlig selbständiges Geschäft, wie z. B. die Abtretung, die eine Art der Leistung an Erfüllungsstatt ist. — Unter Verbindlichkeiten sind im § 181 offenbar nur unstreitige Verpflichtungen zu verstehen, da in der Erfüllung streitiger Verbindlichkeiten stets zugleich ein Anerkenntnis liegen, das Tilgungsgeschäft also auch insofern nicht ausschließlich in der Erfüllung bestehen würde, ganz abgesehen davon, daß jede andere Auslegung die schwersten Gefahren für das Geschäftsleben mit sich brächte.

3. § 181 bei einem Erbauseinandersetzungsvertrag zwischen mehreren minderjährigen Geschwistern (vgl. auch IDR. **1** Ziff. 3e).

a) Gegen das Urteil des KG. vom 22. 4. 01, KGJ. **22** A 34, wendet sich Löffler, RheinAV. **46** 255 ff.: Wohin würde es führen, wenn in Zukunft in jeder Teilung davon auszugehen wäre: quot minores, tot tutores vel curatores? Woher sollte das Vormundschaftsgericht alle Pfleger nehmen? (256) Nach diesen praktischen Bedenken gelangt er bei der Prüfung, ob eine Teilung unter mehreren Mündeln von einem Vertreter für mehrere Mündel abgeschlossen werden kann, zu folgendem Ergebnis: In den meisten Fällen steht, nachdem die Auseinandersetzung zwischen dem Vater einerseits und den Kindern andererseits erfolgt ist, die Beteiligung der Mündel zusammen an der Teilungsmasse zahlenmäßig in Geld fest, ebenso steht die Beteiligungsquote der einzelnen Mündel an der ungeteilten Summe fest. Nun legt das Gesetz jedem Teilhaber einer Gemeinschaft die Verbindlichkeit auf, auf Verlangen des anderen Teilhabers die Teilung der Gemeinschaft vorzunehmen; diese Verbindlichkeit besteht, wo Teilungsmasse und Beteiligungsquote zahlenmäßig feststehen, in der Verpflichtung, anzuerkennen, daß jeder Teilhaber an der zu teilenden Summe mit einem seiner Quote entsprechenden Betrage beteiligt ist, darin zu willigen, daß derselbe den ihm zustehenden Betrag aus der Masse entnimmt und sich wechselseitig den Empfang zu quittieren. Die Teilung besteht daher in solchen Fällen nur in der Erfüllung mehrerer gesetzlich begründeter und feststehender Verbindlichkeiten, und es genügt also ein Vertreter für alle Mündel; treten allerdings noch besondere Vereinbarungen hinzu, so muß jede kontrahierende Partei ihren besonderen Pfleger haben (257). Ob aber solche Vereinbarungen im Laufe des Teilungsverfahrens notwendig werden, wird sich der Teilungssache meist von vornherein nicht ansehen lassen. Es wird sich daher empfehlen, in den meisten Fällen es zunächst bei einem Pfleger bewenden zu lassen, auch wenn mehrere Mündel an der Auseinandersetzung beteiligt sind (258).

b) Planck, WürttZFrG. **44** 7 ff.: Sind bei einer Nachlaßteilung mehrere minderjährige Kinder beteiligt, so darf deren gemeinsamer gesetzlich berufener Vertreter nur für eines der Kinder tätig sein, wenn jedem der Kinder sein Erbteil besonders ausgemittelt werden soll, denn die Kinder schließen in jedem Erbteilungsvertrag unter sich ein Rechtsgeschäft ab. Es handelt sich dabei tatsächlich nicht lediglich um die Erfüllung einer schon bestehenden Verbindlichkeit, nämlich die Pflicht der Auseinandersetzung (§ 2042), es werden vielmehr bei Erfüllung dieser Pflicht durch die Art und Weise der Teilung neue nicht bestehende Verbindlichkeiten eingegangen, Rechte gegenseitig ausgetauscht. Ein Vertreter kann daher bei einer Auseinandersetzung für mehrere Mündel nur dann handeln, wenn diese bei dem Geschäfte nicht unter sich kontrahieren, sondern nur als Gesamtheit den Erben gegenübertreten und ihren Erbteil demzufolge als eine ungeteilte Masse erhalten (8). Ebenso Waltz, BadRpr. **69** 224.

c) Der Auffassung des KG., daß, wenn mehrere minderjährige Geschwister einen Erbauseinandersetzungsvertrag miteinander abschließen, für jeden von ihnen ein besonderer Pfleger zu bestellen ist, hat sich angeschlossen: LG. Köln, DNotVZ. **47** 50 ff.

d) Entscheidungen anderer Gerichte zu dieser Frage. LG. Colmar, ZBlFrG. 3 494: Grundsätzlich ist die Anwendbarkeit des § 181 auch bei Vertretung Minderjähriger durch einen Pfleger gegeben, aber nicht bei jedem als Teilung bezeichneten Rechtsgeschäft ist die Vertretung mehrerer beteiligter Minderjähriger durch einen Pfleger ausgeschlossen. Entscheidend ist vielmehr, ob einzelne dieser Minderjährigen anderen durch denselben Pfleger vertretenen Minderjährigen bei dem zu prüfenden Rechtsgeschäft als Gegenparteien gegenübertreten. Bilden die Minderjährigen eine gemeinsame Vertragspartei, so können sie durch einen Pfleger vertreten werden. (In diesem Sinne auch LG. Halle, NaumbAK. 03 43.)

Das OLG. Colmar nimmt an, daß der Pfleger als ermächtigt gelten muß, die Teilung und Auflassung für sämtliche Minderjährige allein vorzunehmen, und insofern die erste Ausnahme von der Regel des § 181 Platz greife. (OLG. 6 39.) Vgl. hierzu die Bemerkungen in der HessRspr. 3 175.

BayObLG. 3 311: Die Vorschrift des § 181 trifft nicht zu, wenn es sich in einer Nachlaßsache, bei der unter elterlicher Gewalt stehende Kinder mit einem Stammteile beteiligt sind, lediglich um die Vertretung der Kinder gegenüber den Miterben, nicht um die Verteilung ihres Stammteils unter sie handelt.

Beschlüsse des OLG. Colmar, ElsLothNotZ. 03 257, 315: Wenn das Vormundschaftsgericht dem Vertreter von mehreren Minderjährigen, die an einer Gemeinschaft beteiligt sind, zu der abgeschlossenen und vorgelegten Teilung die Genehmigung erteilt und mitgeteilt hat, so ist diese Teilung rechtswirksam. Der Grundbuchrichter hat weder die Pflicht noch das Recht, die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nachzuprüfen.

4. § 181 bei der Auflassung (vgl. auch Foerster, JDR. 1 Ziff. f).

a) du Chesne, Auflassung an sich selbst, SächsA. 14, 156 ff.: Die Verwandlung des Individualgrundeigentums in Gesamtgrundeigentum oder umgekehrt ist, soweit sie zwischen dem Individualeigentümer und ihm selbst als Gesamteigentümer vorgeht, nur eine Vermögensverschiebung, keine Veräußerung. Eine besondere Form ist für sie nicht ausgebildet. Das positive Recht bietet für sie nur das Schema des Vertrages in seiner besonderen Anwendung als Vertrag mit sich selbst (vgl. 160). Für eine Grundstücksverschiebung ergibt dies die Auflassung an sich selbst, die Auflassung geschieht durch beiderseitige Willenserklärung. Bei ihr muß also, auch wenn sie Auflassung an sich selbst ist, eine Erklärung von jeder Seite erfolgen und es genügt nicht, daß die Einigung zwischen beiden vom positivem Recht konstruierten Vertragsparteien nur erkennbar werde.

b) Klein, WürttZFrG. 44 9 ff.: Da die Auflassung auf der Seite der Veräußerung stets nur in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, so kann schon aus diesem Grunde der Veräußerer und der Erwerber zur Vertretung bei der Auflassung ein und dieselbe Person bevollmächtigen. Wenn zudem die Vollmacht beim Abschlusse des obligatorischen Vertrags gleichzeitig von Veräußerer und Erwerber an dieselbe Person erteilt wird, ist hierin auf jeder Seite eine Gestattung zur Vertretung auch des anderen Vertragschließenden im Sinne des § 181 BGB. durch den eigenen Bevollmächtigten zu erblicken und dessen beiderseitige Vertretungsbefugnis auch aus diesem Gesichtspunkt und beim Ausschluß jeder Interessenkollision nicht zu bezweifeln (10).

5. Geigel, ElsLothrJZ. 28 642 ff.: Wenn von einer und derselben Behörde oder Vorstandschaft vertretene Rechtspersonen unter sich Rechtsstreit führen oder Verträge abschließen wollen, so muß für eine derselben ein besonderer Vertreter von der vorgesetzten Behörde bestellt werden. § 181 findet, im Reichslande wenigstens, auch auf öffentlich-rechtliche Stiftungen und Verbände Anwendung, denn für keine derselben besteht eine entgegengesetzte Vorschrift.

6. **Westmann**, Der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins 22: Der § 181 ist anwendbar auf das Verhältnis des Vorstandes zum Verein. Der Verein muß bei Abschluß eines Geschäfts mit dem Vorstande durch einen besonderen Vertreter handeln, der Vorstand hat in diesem Falle dem Vereine gegenüber die Stellung eines Dritten.

7. **Einzelne Fälle aus der Praxis.** a) LG. Saargemünd, ElsLoth.-NotZ. **03** 343: Der Substitutionsbevollmächtigte kann, da er unmittelbarer Vertreter des Vollmachtgebers ist, mit dem Bevollmächtigten rechtsgültig einen Vertrag abschließen. (Ebenso Neumann, JDR. **1** Ziff. 3a).

OLG. **7** 6ff. (KG.): Das Geschäft, das der Repräsentant einer Gewerkschaft für sich mit dem von ihm selbst als Repräsentant bestellten Bevollmächtigten abschließt, verstößt nicht gegen § 181. Anders liegt es, wenn der Bevollmächtigte den anderen sich zum Stellvertreter bestellt, dann würde der Bevollmächtigte durch seinen Vertreter Namens seines Machtgebers mit sich selbst im eigenen Namen kontrahieren (so der Fall, der dem OLG. Colmar, s. JDR. **1** Ziff. 3a zu § 181, zur Entscheidung vorlag). Der Einsender der Entscheidung meint, daß auch in dem dem KG. vorliegenden Falle der Repräsentant tatsächlich den Vertrag durch den Strohmann mit sich selbst abschließe (8). Vgl. auch **RG.**, JDR. **1** Ziff. 3g zu § 181.

b) KG. RJA. **4** 63ff.: Die Löschung einer Hypothek auf Grund einer Quittung und Löschungsbewilligung, die der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Gläubigers ausgestellt hat, wenn er zugleich Testamentsvollstrecker des Eigentümers ist, ist unzulässig. Zwar ist der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter im Sinne des § 181, aber es muß angenommen werden, daß er, wenn er zugleich auch von einem anderen Erblasser zum Testamentsvollstrecker ernannt, nicht mit sich selbst in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker dieses anderen Erblassers kontrahieren kann, ebenso wie er unfähig ist, den letzten Willen des Erblassers zu seinen eigenen Gunsten auszuführen (so KGJ. **23** A 248). Nur wo das Kontrahieren mit sich selbst in gleichzeitiger Wahrnehmung der Interessen zweier verschiedener Nachlaßmassen eine Schädigung weder der einen noch der anderen Nachlaßmasse herbeiführen kann, wird diese Unstatthaftigkeit nicht anzunehmen sein.

c) OLG. Colmar, R. **03** 526 Nr. 2627: Niemand kann am eigenen Grundstücke für ein anderes ihm gehöriges Grundstück eine Grunddienstbarkeit bestellen. Näheres hierüber s. JDR. **1** Ziff. 3c.

d) KG. ZBlFrG. **3** 127: Der Testamentsvollstrecker darf nicht selbst die Erbteilung vornehmen und vollziehen, wenn er als Miterbe einen Bruchteil erhalten soll. Denn es ist mit dem Amte unvereinbar, daß es im eigenen Interesse ausgeübt werde. § 181 trifft nicht zu, weil der Testamentsvollstrecker nicht gesetzlicher Vertreter der Erben ist.

e) **RG.** JW. **03** Beil. 31: Der als Vertreter eines anderen mit sich selbst Kontrahierende darf den Doppelwillen nicht lediglich in seinem Innern fassen, sondern muß ihn auch durch äußere Tatsachen an den Tag legen.

RG. DJZ. **03** 153: Wenn ein Warenlager zur Sicherung einer Forderung derart übereignet wird, daß es im Besitz des bisherigen Eigentümers bleibt, so kann dieser mit sich selbst kontrahierend Besitz und Eigentum nur dann auf den Erwerber übertragen, wenn er den Doppelwillen des Übertragens und Annehmens des Eigentums an diesen Waren nicht lediglich in seinem Innern faßt, sondern ihn auch durch äußere Tatsachen in Erscheinung treten läßt.

f) **RG.** R. **03** 179 Nr. 923: Die von dem Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. mit seinem Gläubiger getroffene Verabredung, daß dieser die Gesellschaft statt seiner als Schuldnerin annehme, ist nichtig.

OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 97: Der Aussteller eines Wechsels kann diesen im Namen der Firma, der er als offener vertretungsberechtigter Gesellschafter angehört, akzeptieren, ohne daß § 181 im Wege stände, weil der Akzeptvermerk nicht auf einem Vertragsschlusse beruht, sondern eine einseitige Willenserklärung ist.

Über die Gründe, welche die Gesetzgebung veranlaßt haben, das Selbstkontrahieren eines Vertreters im § 181 auszuschließen, läßt sich OLG. Hamburg, Hans.-GerZ. **24** Beil. 144 aus.

Sechster Titel.

Einwilligung. Genehmigung.

§ 183. 1. Die Zustimmung zu einem empfangsbedürftigen Rechtsgeschäft unter Abwesenden ist auch dann noch eine vorherige, wenn sie in der Zeit zwischen der Abgabe und dem Zugange der Erklärung erteilt wird. Näheres s. o. Ziff. 1 zu § 111. Breit, SächsA. **13** 324 ff., Geschäftsfähigkeit 273 f.

2. Die von einem Geschäftsfähigen erteilte Einwilligung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Einwilligende nachträglich die Geschäftsfähigkeit verliert.

Dieser Satz gilt für alle Konsenserklärungen (Ermächtigung, Bevollmächtigung, Anweisung). Breit, Geschäftsfähigkeit 294 ff. (s. auch o. Ziff. 2 zu § 168).

3. OLG. **6** 210 (KG.): Auch bei der Einwilligung eines Ehemanns zur Löschungsbewilligung seiner Ehefrau muß die Einwilligungserklärung an sich vor Abgabe der Erklärung der Ehefrau erteilt sein. Über die Besonderheit aber wegen der §§ 875 Abs. 2 Satz 2 und 1183 BGB. s. daselbst 210/211.

KGJ. **23** A 240, OLG. **4** 193 erklärt eine Urkunde, welche den Genehmigungsvermerk des Ehemanns hinter der Erklärung der Ehefrau enthält, für ungenügend, weil nach § 1398 die Zustimmung des Ehemanns vor der Verfügung der Frau zu erfolgen habe (s. o. Ziff. 1 zu § 111).

§ 185. 1. a) Bendix, SeuffBl. **68** 194 (vgl. IDR. **1** Ziff. 2 zu § 185 und Ziff. 9 zu § 929): Daraus, daß die Einigung aus § 873 die Verfügung selbst ist, folgt, daß das Konvaleszenzprinzip Anwendung findet.

b) **RG. 54** 362 ff., IW. **03** Beil. 76: Die Vorschrift des § 185 findet nach ihrem Inhalt und ihrer Stellung im Systeme des BGB. auch im Sachenrechte Anwendung, soweit nicht ihre Unanwendbarkeit sich aus den Vorschriften des Sachenrechts ergibt. Eine besondere Ausnahme findet sich im Sachenrecht nicht. Der § 185 stellt sich nicht gegen, sondern ergänzend neben den § 892. Nach § 892 ist die Verfügung eines im Grundbuch als Berechtigter eingetragenen Nichtberechtigten wirksam, wenn derjenige, zu dessen Gunsten sie getroffen ist, nicht wußte, daß der als der Berechtigte Eingetragene nach der wirklichen Rechtslage nicht der Berechtigte sei. Nach § 185 ist die Verfügung eines Nichtberechtigten, einerlei, ob dem durch sie Begünstigten die Nichtberechtigung des Verfügenden bekannt war oder nicht, wirksam, wenn der Berechtigte ihr vorher zugestimmt hat oder sie nachträglich genehmigt. Nach seiner allgemeinen Fassung ist der § 185 für alle Fälle bestimmt, in denen ein Nichtberechtigter mit Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten eine Verfügung vorgenommen hat. Insbesondere kann er auch dazu dienen, die Eintragung des durch die Verfügung Begünstigten als des Berechtigten in das Grundbuch dann zu erübrigen, wenn zu dem Erwerbe der Berechtigung nach § 873 Abs. 1 die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist (366). Erteilt der eingetragene Berechtigte einem anderen die Auflassung oder Umschreibungsbewilligung, so steht nichts entgegen, daß er zugleich seine Zustimmung zu einer weiteren Verfügung des anderen

erklärt und dadurch diesem ermöglicht, die weitere Verfügung wirksam vorzunehmen, ohne sich vorher durch seine Eintragung als Eigentümer bzw. Gläubiger zum Berechtigten zu machen (367). Ebenso OLG. 7 8 ff. (KG.) und OLG. Jena, ZBlFrG. 3 495, OLG. Dresden, SeuffA. 57 10 ff., LG. Dresden, ZBlFrG. 1 45.

RG. 53 408: Der Berichtigungsanspruch kann durch einen Nichtberechtigten auf Grund der Ermächtigung durch den Berechtigten verfolgt werden (411).

2. Über die weitere Frage, wann in tatsächlicher Beziehung in der Erklärung der eingetragenen Gläubigerin eine Einwilligung im Sinne des § 185 enthalten sei, sagt das **RG. 54** 369: Wird eine Hypothek, bei welcher die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, in der erforderlichen Form von dem eingetragenen Gläubiger einem anderen zum freien Eigentum abgetreten und ihre Umschreibung im Grundbuch auf den neuen Gläubiger bewilligt, so ist, wenn nicht etwas anderes erhellt oder nachgewiesen wird, in diesen Erklärungen auch die Einwilligung zu Verfügungen des neuen Gläubigers enthalten, die er vor Umschreibung der Hypothek vornehmen wird.

3. Über den Unterschied zwischen Einwilligung im Sinne des § 185 Abs. 1 und Vollmacht s. **RG.** o. Ziff. 2 zu § 166.

4. Abs. 2. Kreß, Erbengemeinschaft 5: Verfügungen, die der Erblasser über Gegenstände des Vermögens der Miterben getroffen hat, erlangen durch den Erbfall keine Gültigkeit. Über die Rechtslage bei Vererbung von Erbschaften und Erbteilen s. a. a. O. 5 ff.

Vierter Abschnitt.

Fristen. Termine.

§ 187. 1. Abs. 1. SächsOLG. 24 471 ff.: Die für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand laufende zweiwöchige Frist (§ 234 ZPO.) ist nach Abs. 1 des § 187 BGB. zu berechnen. Schon der Wortlaut des § 234 ZPO. „die Frist beginnt mit dem Tage" spricht gegen eine Anwendung des Absatzes 2, ferner aber auch die Entstehungsgeschichte der ZPO. (473).

2. Abs. 2. **RG.**Str.S. 35 37 ff.: Für die Frage, ob der Angeklagte bei Begehung der Tat das 18. Lebensjahr vollendet hat, ist die Vorschrift des Abs. 2 analog anwendbar.

Fünfter Abschnitt.

Verjährung.

Vorbemerkung: Die Lehre von der Verjährung ist im wesentlichen durch theoretische Arbeiten wie diejenigen von Hölder und Langheineken gefördert worden. Vor allem letzterer hat eine Anzahl für die Theorie wesentlicher Begriffe im Gebiete von Anspruch und Einrede neu geprägt bzw. anders als bisher formuliert (z. B. der verhaltene Anspruch, Ziff. 4b zu § 194). Es sei darauf hingewiesen, daß seine Arbeit auch an anderen Stellen, insbesondere im allgemeinen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse zu den §§ 250, 265, 269, 273, 284, 387 ff. und anderen mehr Berücksichtigung gefunden hat.

Literatur: Hölder, Ansprüche u. Einreden, AzivPr. 93 1—130. — Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. Leipzig 1903. — Suppes, Der Einredebegriff des BGB. in seiner praktischen Bedeutung, Leipzig 1902.

§ 194. 1. Begriff des Anspruchs (s. über Hellwig und Bolze IDR. 1 Ziff. 1 zu § 194). a) Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnisse: Zum Anspruche gehört außer dem Rechte auf eine Leistung [Sollrecht] auch

ein Recht zu eigenem Tun [Kannrecht], nämlich ein materielles Recht gegenüber dem Schuldner zur Anwendung von endgültigen (Klage, Vollstreckung, ausnahmsweise Selbsthilfe, vgl. § 229) oder vorläufigen (Arrest, einstweilige Verfügung, Selbsthilfe im Regelfalle) Schutzmitteln, das durch den prozessualen Rechtsschutzanspruch gegenüber dem Gerichte nicht ersetzt werden kann (69 ff., 161 ff., 255). Fälligkeit ist dem Anspruch, aber nicht dem Schuldverhältnisse wesentlich (82 ff., 89 ff.).

Ansprüche auf Unterlassung nur, wenn die Unterlassung selbständig gefordert werden kann, nicht, wenn sie nur die Kehrseite eines geschuldeten Tuns ist: z. B. Anspruch nur auf Leistung der Kaufsache, nicht auch auf Unterlassung ihrer Zerstörung, — aber Anspruch auf Unterlassung vertragswidriger Benutzung der Mietsache (§ 550) neben dem Rückgabeanspruche (84 ff.). Absolute, insbesondere dingliche Rechte sind durch das an jedermann gerichtete Verbotsgesetz und durch Androhung der Ersatzpflicht aus Delikt (§ 823 Abs. 1), nicht durch Ansprüche auf Unterlassung und durch Androhung der Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung (§ 276) geschützt (99—108). Die im BGB. zugelassenen Klagen auf Unterlassung aus absoluten Rechten (§§ 12 Satz 2, 862 Satz 2, 1004 Satz 2, 1134 ꝛc.) dienen nicht zur Befriedigung von Unterlassungsansprüchen, sondern nach Art einstweiliger Verfügungen nur zur Sicherung der absoluten Rechte (108 ff.).

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. **24** Beibl. 148: Das Recht, eine Feststellungsklage anzustellen, ist kein privatrechtlicher, gegen den Gegner gerichteter, sondern ein öffentlich-rechtlicher (prozessualer) Anspruch dem Gerichte gegenüber. — Dieser Anspruch kann daher auch nicht zediert werden.

2. Hölder, Ansprüche und Einreden, AzivPr. **93** 8 ff.: Mein Recht, von einem anderen etwas zu verlangen, bedeutet nicht nur, daß ich durch die Erhebung des Verlangens kein Unrecht begehe, sondern daß der andere ein Unrecht gegen mich begeht, wenn er das von mir erhobene Verlangen nicht befolgt, also die für den anderen bestehende Pflicht seiner Befolgung. Mein Recht, von einem anderen etwas zu verlangen, bedeutet, daß ich es von ihm verlangen kann im Sinne des mir zustehenden Rechtes, das Verlangen in Ermangelung seiner freiwilligen Befolgung zwangsweise durchzusetzen. Es schließt daher, da diese Durchsetzung regelmäßig nicht durch eigenen Zwang, sondern nur durch Erwirkung staatlichen Zwanges zulässig ist, in sich die Anwartschaft darauf, das vom anderen Geschuldete durch seine Belangung zu erlangen (9).

3. Langheineken, Anspruch und Einrede 19 ff.: Die Annahme des Vorhandenseins eines Anspruchs darf im Einzelfalle nicht schon deshalb abgelehnt werden, weil nach dem gegebenen Tatbestand eine Verpflichtung zu einer gegenwärtigen Leistung, eine aktuelle Verpflichtung zu einer Leistung nicht besteht. (A. M. außer Crome, System I § 35 (180), Enneccerus, BGB. I § 124 (310) Neumann, Handausgabe Note 1 zu § 198: Der Anspruch ist entstanden, sobald die Leistung rechtlich verlangt werden kann.) Man muß demnach unterscheiden zwischen „Verpflichtung (zu einer Leistung) schlechthin" und „aktueller oder fälliger Verpflichtung" und demnach auch zwischen „Anspruch schlechthin" und „aktuellem oder fälligem Anspruch". Der „Anspruch schlechthin", also der existente Anspruch, ist entweder ein aktueller, fälliger Anspruch oder ein nichtfälliger Anspruch. Der nichtfällige Anspruch charakterisiert sich als ein Anspruch, bei dem der Schuldner zwar gegenwärtig verpflichtet ist, aber nicht verpflichtet ist zu gegenwärtiger, sofortiger Leistung, d. h. als gegenwärtiger Anspruch auf eine künftige Leistung.

4. Arten des Anspruchs.

a) Über dingliche und persönliche Ansprüche vgl. Langheineken 49 ff.,

der im wesentlichen mit den Ausführungen Hellwigs (JDR. 1 Ziff. 1 a δ zu § 194) übereinstimmt. Von befristeten und bedingten Ansprüchen handeln die ausführlichen Darlegungen a. a. O. 51—86.

b) Als neuen, selbständigen Begriff stellt Langheineken den des verhaltenen Anspruchs auf (101 ff.), um hiermit zum Ausdrucke zu bringen, daß der vorhandene Anspruch gewissermaßen ruht, aufgehalten ist, jedoch so, daß er durch den eigenen Willen des Berechtigten jederzeit nach dessen Belieben in Bewegung gesetzt werden kann (103). Er erblickt hiernach „verhaltene Ansprüche",

α. wenn jemand auf Verlangen eines anderen eine bestimmte Leistung vorzunehmen hat (z. B. §§ 259 Abs. 2, 260 Abs. 2, 368 Satz 2, 403 Satz 1, 416 Abs. 3 Satz 1),

β. wenn auf Verlangen etwas zu leisten ist (z. B. §§ 630 Satz 2, 1082 Satz 1, 1219 Abs. 2 Satz 2) und ähnliche Fälle,

γ. wenn jemand jederzeit eine bestimmte Leistung verlangen oder fordern kann (z. B. §§ 604 Abs. 3, 695, 696 Satz 1, 2042 Abs. 1). In allen diesen Fällen hat — so führt er aus — der eine Teil ein Recht, eine bestimmte Leistung von dem anderen zu verlangen, so daß ihm ein Anspruch im Sinne von § 194 Abs. 1 zusteht; dem anderen liegt aber keine aktuelle Verpflichtung ob, so wenig wie etwa bei dem bedingten oder bei dem einredebehafteten Anspruche; hingegen ist keine Hemmung, d. h. keine irgendwelche Beschränkung des Gläubigers in der Geltendmachung des Anspruchs, gegeben wie in den eben genannten Fällen, vielmehr ist die Geltendmachung des Anspruchs vollkommen frei, und gerade durch die Geltendmachung wird bewirkt, daß der Anspruch seine Qualität als verhaltener Anspruch verliert, also fällig wird, und daß seine spezifischen rechtlichen Eigenheiten in Fortfall kommen (104). Weitere Erscheinungsformen des verhaltenen Anspruchs im BGB. a. a. O. 111 ff. Die juristische Besonderheit des verhaltenen Anspruchs im einzelnen s. 106—110.

c) Der saturierte Anspruch: Der Anspruch ist gerichtet entweder auf eine einzelne Leistung oder auf ein Verhalten von Dauer. Näheres über diesen Anspruch auf ein ununterbrochenes Verhalten s. 248 ff. Solange der zu einem bestimmten Verhalten von Dauer Verpflichtete seiner Verpflichtung nachkommt, bleibt noch immer ein Anspruch vorhanden. Der Anspruch wird erfüllt, er befindet sich in dem Zustande des fortdauernd Erfülltwerdens, in einem gewissen Gleichgewichtszustande (250). Diesen Zustand kennzeichnet Langheineken damit, daß er den Anspruch einen „saturierten" Anspruch nennt. Der saturierte Anspruch kann sein ein befriedigungsbedürftiger; er ist es nämlich dann, wenn den Gegenstand des Anspruchs ein ununterbrochenes Verhalten, insbesondere ein ununterbrochenes Unterlassen bildet (251). Bedeutung des saturierten Anspruchs: gegen ihn läuft keine Verjährung (s. 252 ff.).

§ 195. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 185[2]: Die aus der negotiorum gestio entspringenden Ansprüche unterliegen der gewöhnlichen Verjährung. Gegen Josef, Gruchots Beitr. **42** 4 ff. und Mantey ebenda 545 ff. führt er aus: Der springende Punkt liegt darin, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem Systeme des Gesetzes für die Berücksichtigung der einzelnen Ansprüche, wie sie die §§ 196, 197 aufzählen, gar keinen Raum bietet. Der Gestor, welcher Ersatz verlangt, tut dies, weil die Übernahme des Geschäfts dem Willen und Interesse des Geschäftsherrn entsprochen habe. Daß aber die „Ansprüche" aus der Übernahme einer gültigen Geschäftsführung ohne Auftrag den §§ 196, 197 unterfallen, steht nicht im Gesetze. Andererseits wäre es völlig sinnlos, unterscheiden zu wollen, ob die einzelnen Aufwendungen, welche in Ausführung des übernommenen Geschäfts gemacht sind, in der Lieferung von land- und forstwirtschaftlichen Erzeugnissen, gewerbsmäßiger Verabreichung von Ge-

tränken u. dgl. bestehen. Dann müßte eventuell hinsichtlich des einen Teiles der Aufwendungen die kürzere, hinsichtlich des anderen die längere und hinsichtlich des Restes die gewöhnliche Verjährung Platz greifen. Es kommt vielmehr allein auf die Grundlage an, aus der die einzelnen Ansprüche sich herleiten.

§ 196. 1. Nr. 1 a) Bendix, R. **02** 544: Die Leistung muß, damit die vierjährige und nicht die zweijährige Verjährungsfrist Anwendung findet, für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt sein.

Die Vielgestaltigkeit der gewerblichen Entwickelung gestattet eine scharfe Bestimmung des Begriffs „Gewerbebetrieb" nicht. Ob ein solcher vorliegt, muß nach der allgemeinen Anschauung des Lebens und Verkehrs beurteilt werden. Besondere landesgesetzliche Verhältnisse verdienen keine Berücksichtigung (**RG. 39** 135), da eine gleichmäßige Regelung in der praktischen Anwendung bezweckt ist. Die Vorschriften der GewO. bieten auch nur einen gewissen Anhalt. Obwohl das Bergwesen ihnen nicht unterliegt, wird z. B. der Bergbau als ein Gewerbebetrieb zu erachten sein (StriethA. **100** 355). Im allgemeinen erschöpft eine fortdauernde, auf die technische Gewinnung, Verarbeitung und Verwertung von Gegenständen für die menschlichen Bedürfnisse, auf die Erzeugung und den Umsatz von Verkehrsgütern gerichtete Erwerbstätigkeit den Begriff; Handel, Handwerk, Fabrikation fallen darunter. Vorausgesetzt wird aber immer ein Betrieb auf eigenen Namen und unter eigener Verantwortlichkeit, so daß die Tätigkeit von Personen, welche ohne eigene Selbständigkeit dem Publikum gegenüber ihren Erwerb im Dienste eines Arbeitsgebers suchen, ausscheidet (**RG. 27** 261); solche von einem Arbeitgeber bezahlte Personen bedürfen ja auch des längeren Kredits nicht. Auch wenn ein Gewerbeunternehmen seiner Natur nach ein vorübergehendes ist, unterliegt der Inhaber der Ausnahmevorschrift. Die herrschende Auffassung der Verkehrskreise, wie sie sich auf Grund der geschichtlichen Entwickelung herausgebildet hat, gibt dem Begriffe nicht eine so weite Ausdehnung, daß die kurze Verjährung dadurch in einem allzu großen, ihrem rechtspolizeilichen Zwecke zuwiderlaufenden Maße in Fortfall kommt (vgl. auch JDR. **1** Ziff. 2).

b) Lotmar, Arbeitsvertrag 272: Die Ausführung von Arbeiten, die natürlich selbst Arbeit ist, kann Vollzug eines Dienst- wie eines Werkvertrags sein, in beiden Fällen unterliegen die Ansprüche wegen dieser Arbeit der zweijährigen Verjährung.

c) OLG. Stettin, R. **03** 262: Unter „Gewerbebetrieb des Schuldners" ist nicht der Betrieb eines Landwirts zu verstehen.

• OLG. 7 350 (Hamm): Wer ein Baugeschäft größeren Umfanges betreibt, dessen Bauentreprisen sind in der Regel eigene gewerbliche Leistungen.

2. Nr. 2. Zu den landwirtschaftlichen Erzeugnissen im Sinne dieser Bestimmung gehören nicht bloß solche des Ackerbaues, sondern auch die der Viehzucht, wie Milch, Butter, Eier usw. und das Vieh selbst. Dies folgt aus § 156 Ziff. 2 des Entwurfs erster Lesung, der durch die späteren Umarbeitungen nicht eingeschränkt werden sollte. Dort sind aufgeführt die Ansprüche derjenigen, welche Landwirtschaft treiben, für Lieferung von Lebensmitteln und Brennmaterial. Eine Unterscheidung, ob die Lebensmittel dem Pflanzen- oder dem Tierreich entstammen, war nicht gemacht. Lebensmittel sind aber nicht nur die Erzeugnisse der Viehzucht, sondern auch das Vieh selbst. BadRpr. **02** 42.

3. Nr. 12. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 255: Aus der Fassung der Bestimmung läßt sich nicht entnehmen, daß sie sich nur auf gewerbsmäßige Leistungen bezöge.

OLG. **7** 351 (Hamm): Gewerbebetrieb bedeutet die fortdauernde, berufsmäßige, auf Gewinn berechnete, selbständige Erwerbstätigkeit zur Gewinnung, Verarbeitung, Vertrieb von Gegenständen des menschlichen Verkehrs und Bedürf-

nisses. Ein Haus- und Fabrikbesitzer, welcher seine Liegenschaften vermietet, treibt in seiner Eigenschaft als Eigentümer und Vermieter, auch wenn er außer den Mietseinkünften andere Einnahmen nicht hat, kein Gewerbe.

4. Nr. 14. Lotmar, Arbeitsvertrag 271 ff.: Unter diesen Dienstleistungen sind nicht notwendig oder ausschließlich Leistungen zu verstehen, die in Vollzug eines Dienstvertrags erfolgen. Der Zahnarzt z. B., der die Extraktion eines Zahnes versprochen hat, kann damit einen Werkvertrag abgeschlossen haben. Wenn er die ihm dafür zukommende Vergütung fordert, so ist dies ein „Anspruch für seine Dienstleistung". Die Bestimmung findet daher auch auf Werkverträge Anwendung (272).

§ 197. 1. Z. f. d. Notariat (für Rheinpreußen) **47** 165 ff.: Die Bestimmung hat zum Gegenstand eigentliche Amortisationsschulden, d. h. solche, deren Tilgung sich durch bestimmte, wiederkehrende, die Schuldzinsen und Amortisationsbeiträge umfassende Zahlungen in der Weise vollzieht, daß von jeder Zahlung derjenige Teil, welcher die jeweilig aufgelaufenen Schuldzinsen übersteigt, auf das Kapital gutgebracht wird, so, daß mit jeder Zahlung die Kapitalschuld und folgeweise auch die Verzinsungspflicht sich vermindert, dagegen entsprechend bei jeder weiteren Zahlung der zur Kapitaltilgung verfügbare Betrag sich erhöht. Es bezieht sich also die Bestimmung nicht auf solche Fälle, in welchen, wenn auch mit den Zinsen, im gleichen Fälligkeitstermin und in noch so kleinen Beträgen bestimmte Teilabgaben auf das Kapital zu erfolgen haben. In diesen letzteren Fällen bleiben Zins- und Kapitalzahlungen für jedermann erkennbar streng geschieden, während bei den eigentlichen Amortisationsdarlehen die Annuität — d. i. die Jahresleistung bei Amortisationsdarlehen — zwar ebenfalls die Kapitalzahlung neben den Zinsen enthält, aber in Form einer Erhöhung der Zinsen und nicht ohne weiteres erkennen läßt, wie sie sich auf Zins- und Kapitalschuld verteilt, vielmehr nach der Auffassung der Beteiligten eine in sich eng verbundene, einheitliche Leistung darstellt. Hierin liegt auch der Grund zu der Bestimmung des § 197, welche, soweit die Kapitalteilzahlung in Betracht kommt, eine Ausnahme von der Regel des § 195 festsetzt (vgl. hierüber auch Eccius, DJR. **1** zu § 197).

2. Weil die Gewerbeordnung keine Bestimmung über Verjährung der Beiträge an Innungen bzw. Handwerkskammern enthält, wollen Hoffmann (Brauchitsch, Die preuß. Verwalt.Ges. V 141) und Nelken (Die deutschen Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze 78) die ordentliche 30jährige Frist des § 195 zur Anwendung bringen, während B. Hilse (Verjährung der Innungs- bzw. Handwerkskammerbeiträge, Hirths Ann. **03** 926 ff.) die 4 jährige des § 197 rechtfertigt.

§ 198. Satz 2. Verjährung der Ansprüche auf ein Unterlassen (vgl. auch Wendt, JDR. **1** Ziff. 2). 1. Affolter, System d. Deutsch. bürgerl. Übergangsrechts 151 und Buschs Z. **31** 460: Die Verjährung des Anspruchs beginnt erst mit der Entstehung einer gegenwärtigen rechtlichen Herrschaft über die Willenspotenz eines anderen zur zwangsweisen Erlangung eines bestimmten Erfolges (eigentliches subjektives Recht [Anspruch im engeren Sinne]). Daher beginnt die Verjährung des Anspruchs, der auf ein Unterlassen geht, erst mit dem Zeitpunkte der Zuwiderhandlung.

2. Hölder, Ansprüche und Einreden, AzivPr. **93** 38 ff. führt aus, daß es im Falle des Anspruchs auf ein Unterlassen nicht die Unterlassungspflicht ist, die durch die Zuwiderhandlung zu verjähren anfängt. Hat nämlich diese einen ihre Vollziehung überdauernden Zustand begründet, so beginnt mit dessen Eintritt zu verjähren der Anspruch auf seine Beseitigung, dessen Gegenstand nicht „ein Unterlassen" ist, und für dessen Entstehung nicht entscheidend ist die Übertretung der Unterlassungspflicht, sondern ihr vielleicht erst lange nach ihr ein-

tretender Erfolg. Jede verbotene Handlung ist eine Übertretung einer Unterlassungspflicht. Ohne die besondere Bestimmung des § 852 würde der Anspruch auf den Ersatz des durch sie gestifteten Schadens zu verjähren anfangen mit seiner Entstehung, die zusammenfällt mit dem Eintritte des Schadens (38). — Im Falle einer obligatorischen Unterlassungspflicht ist der durch die Zuwiderhandlung begründete Anspruch auf Beseitigung ihres Erfolges ein zweites Stadium desselben Schuldverhältnisses. Ein Anspruch ist aber auch hier erst jetzt entstanden. Sein Inhalt ist auch hier ein positiver. War lediglich die Unterlassung der Handlung geschuldet, die den Anspruch begründet hat, so besteht eine Unterlassungspflicht überhaupt nicht mehr. Ist dagegen auch nach der Zuwiderhandlung noch Unterlassung geschuldet, so ist keine Rede davon, daß die Verjährung des durch die Zuwiderhandlung begründeten Anspruchs die Verjährung der Unterlassungspflicht in sich schlösse (40).

3. Langheineken 255 ff.: Mit der ersten Zuwiderhandlung gegen den Anspruch auf dauerndes Unterlassen beginnt dessen Verjährung. Daher verjährt ein Anspruch auf Dulden der Benutzung einer Sache erst, wenn der Verpflichtete die Benutzung zu hindern unternommen hat, und zwar wird die Verjährung in Lauf gesetzt, gleichviel ob der Widerstand einen beseitigungsbedürftigen Zustand hinterlassen hat oder nicht. Sie nimmt ihren Fortgang nicht nur dann, wenn sich die Zuwiderhandlung immerfort wiederholt, sondern auch, wenn weiterhin eine abermalige Renitenz unterbleibt, sofern nur nicht hierin eine stillschweigende Anerkennung im Sinne von § 208 enthalten ist. Wollte man mit Hölder den Anspruch auf Unterlassen, also auf Unterlassen einer Zuwiderhandlung, auf Unterlassen einer Beeinträchtigung nicht mit der ersten Zuwiderhandlung verjähren lassen, so würden die Unterlassungsansprüche selbst bei fortgesetzter Zuwiderhandlung während eines dreißigjährigen Zeitraums nicht die Verjährung vollenden können. Daß solches jedoch möglich sein muß, beweisen unwiderleglich Bestimmungen wie § 901 Satz 1 in Verbindung mit § 1018 (256).

§ 199. 1. Geht der Anspruch auf ein Tun, so beginnt die Verjährung erst mit der Entstehung einer gegenwärtigen rechtlichen Herrschaft über die Willenspotenz eines anderen zur zwangsweisen Erlangung eines bestimmten Erfolges (eigentliches subjektives Recht [Anspruch im engeren Sinne]). Ist für die Leistung, auf welche der Anspruch geht, eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so beginnt die Verjährung in dem Augenblicke, wo der andere kraft eines positiven Rechtssatzes (§ 284 Abs. 2 Satz 1) im Verzuge ist. In diesem Falle trifft die Entstehung des Anspruchs im engeren Sinne mit dem Verzuge des Schuldners zusammen.

Hat der Leistung, auf welche der Anspruch gerichtet ist, eine Kündigung vorauszugehen, sei es, daß der Berechtigte die Leistung sofort nach der Kündigung verlangen kann, oder sei es, daß von der Kündigung an eine bestimmte Frist ablaufen muß, bis der Anspruch im engeren Sinne entsteht, dann fingiert der Gesetzgeber zum Zwecke der Verjährung, die Kündigung sei geschehen, und zwar in dem Zeitpunkte, von welchem an die Kündigung zulässig ist. Infolge dieser gesetzlichen Fiktion entsteht (der Anspruch im engeren Sinne) und zwar in dem Zeitpunkte, von welchem an die Kündigung zulässig ist, oder in dem Falle, daß der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken hat, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, in diesem Zeitpunkte. Der Gesetzgeber hält also auch in diesem Falle an dem Gedanken fest, daß die Verjährung des Anspruchs erst mit der Entstehung des eigentlichen subjektiven Rechtes (des Anspruchs im engeren Sinne) beginnen soll. Der Berechtigte kann bis zum Ablaufe der Verjährungsfrist, einschließlich der von der Kündigung an laufenden Frist, die drohende Verjährung durch Klaganstellung unterbrechen; in der von der Kündi-

gung an laufenden Frist durch Anstellung einer Feststellungsklage (§ 209 BGB. in Verbindung mit § 256 ZPO.). Affolter, System d. Deutsch. bürgerlichen Übergangsrechts 151 u. 152 und Buschs Z. 31 461 u. 462. A. M. Hölder, Buschs Z. 29 55 ff. und AzivPr. 93 42 ff.

2. Satz 2. Hölder, AzivPr. 93 43 ff.: Ist innerhalb der Verjährungsfrist die Kündigung unterblieben, so kann in der Regel nicht mehr durch ihre Vollziehung die Verjährung abgewendet werden, während die Eigenschaft der Verjährung als einer noch nicht eingetretenen nur dadurch Bedeutung hat, daß ihr Eintritt noch abgewendet werden kann. Da gleichwohl nach der Bestimmung des Gesetzes die Verjährung erst mit dem Ablaufe der um die Kündigungsfrist verlängerten Verjährungsfrist eintritt, so entgeht hier der Berechtigte nach der Zeit, von der an er sonst der Verjährung nicht mehr entginge, dieser doch noch durch den späteren Eintritt eines Hemmungs- oder Unterbrechungsgrundes. Habe ich ein unverzinsliches Darlehn gegeben und dreißig Jahre lang nicht gekündigt, so entgehe ich nach der Bestimmung des Gesetzes der Verjährung meines Anspruchs, wenn nach dem Ablaufe dieser Zeit, aber vor dem Ablauf eines weiteren Monats oder Vierteljahrs, z. B. mein Schuldner stirbt. Während diese Bestimmung verhüten soll, daß durch bestimmte Umstände dem Berechtigten ein ungerechtfertigter Nachteil erwachse, gewährt sie ihm in jenem Falle einen ungerechtfertigten Vorteil. Das Gesetz unterscheidet nicht genügend die Fälle der innerhalb der Verjährungsfrist erfolgten und nicht erfolgten Kündigung. Erfolgt diese nicht innerhalb der Verjährungsfrist, so besteht kein Grund dazu, nicht durch deren Ablauf die Verjährung eintreten zu lassen. Ist sie dagegen rechtzeitig erfolgt, so muß die Kündigungsfrist für ihre Dauer die Hemmung der Verjährung begründen (45).

§ 200. Die Verjährung beginnt mit der Entstehung einer gegenwärtigen rechtlichen Herrschaft über die Willenspotenz eines anderen, zur zwangsweisen Erlangung eines bestimmten Erfolges (eigentliches subjektives Recht [Anspruch im engeren Sinne]). Zu dem Zwecke fingiert der Gesetzgeber, der Berechtigte hätte von dem ihm zustehenden Anfechtungsrechte Gebrauch gemacht und zwar in dem Zeitpunkte, von welchem an die Anfechtung zulässig war. In diesem Falle fällt der Anspruch des BGB. zusammen mit dem Anspruch im engeren Sinne. Affolter, Buschs Z. 31 462.

§ 201. Gutfeld, DJZ. 03 542: An die Stelle der Entstehung des Anspruchs muß bei den bereits vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Forderungen derjenige Zeitpunkt gesetzt werden, in welchem das BGB. in Kraft getreten ist. Die Ansprüche sind also zu behandeln, als wären sie am 1. Januar 1900 entstanden. Daher endet die Verjährung einer Forderung, die vor dem 1. Januar 1900 entstanden ist und deren Verjährungszeit ursprünglich länger als 4 Jahre betrug, gemäß Art. 169 Abs. 2 Satz 1 EG. z. BGB. in Verbindung mit §§ 196 Abs. 2 und 197 am 31. Dezember 1904, indem die Verjährung erst mit dem 31. Dezember 1900 beginnt. Ebenso Neumann, Handausgabe Note II e zu Art. 169. A. M. Habicht 154 Note 3.

Hiergegen wendet sich Hedemann, DJZ. 03 569, der es für widersinnig hält, bei einem Anspruche, der bereits entstanden ist und seit dessen Entstehung mindestens ein Jahresschluß, nämlich der 31. Dezember 1899, erfolgt ist, nochmals einen „Beginn" der Verjährung und nochmals ein Warten bis zur Jahresneige zu verlangen. Er meint, einem Operieren mit § 201 und § 198 sei durch den Art. 169 Abs. 1 Satz 2 der Boden entzogen.

§ 202. 1. Einredebegriff. (Über Betzinger, Hellwig u. Crome s. JDR. 1 Ziff. 3 zu § 202). a) Hölder, Ansprüche und Einreden, AzivPr. 93 68 ff.: Im Sinne des BGB. soll der Name der Einrede nicht eine den Klagetatsachen gegenüberstehende Tatsache und ihre Behauptung, sondern ein dem

Anspruch oder Klagerechte gegenüberstehendes Recht und seine Geltendmachung bezeichnen. Dem Anspruch als dem Rechte, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, setzt es entgegen die Einrede als Berechtigung zur Verweigerung der Leistung (§ 202). Es bedeutet keine Verschiedenheit, daß in einem Falle die Bezeichnung des Rechtes, im anderen die Bezeichnung der Berechtigung gebraucht ist. Es bedeutet ebensowenig eine solche, daß anstatt des beim Anspruche genannten Tuns oder Unterlassens bei der Einrede von der Leistung die Rede ist; ergibt doch deren Identität mit dem geschuldeten Tun oder Unterlassen § 241. „Die Leistung" ist die geschuldete Leistung, und die Berechtigung zu ihrer Verweigerung soll nach der Absicht der Verfasser des Gesetzes bedeuten die trotz ihrer Eigenschaft als einer geschuldeten bestehende Möglichkeit ihrer Verweigerung (69). Über den Begriff der Einrede im allgemeinen s. a. a. O. 59 ff., bes. 65.

b) Langheineken, Anspruch und Einrede 43 ff., 272 ff. bezeichnet Einrede als die Macht, durch einseitige Willenserklärung die Wirksamkeit der Geltendmachung eines Anspruchs, sei es ganz oder teilweise, nach einer oder mehreren Richtungen hin, auszuschließen. Übereinstimmend mit Hellwig, (s. IDR. 1 Ziff. 3b zu § 202) erblickt er in der Einrede ein Recht des rechtlichen Könnens, eine Befugnis, will sie aber nicht zu den subjektiven Rechten gestellt sehen. A. M. Matthias, BGB. I 308. Zum Teil gegen Hellwig, Anspruch 10 (s. wie oben) wendet er sich, wenn er ausführt: Es ist nicht angängig, die Einrede zu dem Anfechtungsrecht in Beziehung zu setzen, sei es, daß man die Einrede als eine Unterart des Anfechtungsrechts, d. h. die Einrede als den engeren Begriff, oder das Anfechtungsrecht als eine Unterart des Einrederechts ansieht. Die beiden Rechte unterstehen vielmehr ganz selbständigen Normen (44). Über dilatorische und peremtorische Einreden und ihr Unterscheidungsmerkmal vgl. Langheineken 273.

2. Bedeutung der Einrede.

a) Langheineken 342 ff. wendet sich unter eingehender Begründung gegen die von Hölder und Hellwig (bes. Anspruch 8 ff., s. IDR. I Ziff. 3b zu § 202) aufgestellte Theorie von der anspruchvernichtenden Wirkung der Geltendmachung einer peremtorischen Einrede. Er gelangt zu dem Ergebnisse, daß der Gesetzgeber bewußt und konsequent an der Unterscheidung zwischen peremtorischer Hemmung und Erlöschen des Anspruchs festgehalten habe (347), und weist an einer Anzahl von Beispielen nach, daß diese Unterscheidung auch erhebliche praktische Bedeutung insofern gewinnen könne, als manche Frage gerade die entgegengesetzte Beantwortung finden müsse, wenn man an Stelle der peremtorischen Hemmung eine Zerstörung des Anspruchs eintreten ließe (348—350).

b) Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis: Außergerichtliche Geltendmachung der Einrede hat keinen Einfluß auf den Anspruch, arg. §§ 886, 1254, 1169; 821, 853 (142 ff.). Gerichtliche Geltendmachung, die zur Klagabweisung führt, tilgt ihn mittelbar vermöge der Rechtskraft (147 ff.). Auf Grund der Einrede Klage auf Feststellung der Einrede, nicht der Nichtexistenz des Anspruchs (148 f.).

3. Stundungseinrede?

Langheineken, Anspruch und Einrede 311 ff.: Es ist unrichtig, mit der herrschenden Meinung von einer „Einrede der Stundung" als einer dilatorischen Einrede zu sprechen. Die Verpflichtung, bei der eine Stundung gewährt ist, stellt sich nur als ein spezieller Fall der betagten Verpflichtung dar. Daher wird der Richter den säumigen Schuldner, dem nach der eigenen Darstellung des Klägers Stundung bewilligt worden ist, nicht zu sofortiger Leistung verurteilen können, wenn die Stundungsfrist noch nicht abgelaufen ist (313). A. M.

Hellwig, Anspruch 8 Anm. 25. Gegen die Bezeichnung der Stundung als Einrede auch Suppes, Einredebegriff 32 f.

Nicht ist im Abs. 1 unter „Stundung", wie Dernburg, BGB. I § 179 unter II 1 (524) meint, lediglich die nachträgliche Hinausschiebung des ursprünglichen Fälligkeitstermins zu verstehen. Die Stundung kann auch sofort bei Begründung des Schuldverhältnisses vereinbart werden (vgl. §§ 452, 454, 502 Abs. 1), und es ist nicht einzusehen, weshalb das Gesetz eine Unterscheidung zwischen der einen und der anderen Art der Stundung eintreten lassen sollte. Langheineken 312.

§ 203. Abs. 2. Bezüglich des Begriffs der höheren Gewalt vgl. Neumann, Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts § 14, insbesondere auch die Note 113 und JDR. **1** Ziff. 2 zu § 203.

§ 208. 1. Das Anerkenntnis des § 208 ist Rechtsgeschäft, unterliegt mithin den §§ 105, 107. Breit, Geschäftsfähigkeit 199 ff.

2. Bewilligung einer Vormerkung enthält keine Anerkennung des Anspruchs in dem Sinne des § 208 (a. M. Suppes, Einredebegriff; s. u. Ziff. 3 zu § 222). Die Eintragung einer Vormerkung als solcher ist ein Verjährungsunterbrechungsgrund (s. u. zu Ziff. 5 § 209). Reichel, Jherings J. **46** 84.

3. Mit dem Worte Anerkenntnis bezeichnen unsere Gesetze dreierlei: a) den Vertrag, kraft dessen ein bestimmter Rechtszustand als zwischen den Beteiligten bestehend gelten soll (BGB. §§ 397, 781); b) die einseitig wirkende Willenserklärung, daß ein bestimmter Rechtszustand als zwischen dem Erklärenden und einem anderen bestehend gelten soll (ZPO. § 307); c) die Äußerung der Überzeugung, daß zwischen dem Äußernden und einem anderen ein bestimmter Rechtszustand besteht. Ein Anerkenntnis in diesem letzten Sinne ist das die Verjährung unterbrechende Anerkenntnis des Schuldners, es ist also nicht Willenserklärung, sondern bloße Vorstellungsäußerung. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 200, 202.

§ 209. 1. Unterbrechung der Verjährung durch Einklagung eines Teilbetrags der Forderung (s. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 209).

LG. II Berlin, KGBl. **03** 95: Unter der Voraussetzung, daß die Teilklage als die Betätigung des gesamten Rechtsanspruchs angesehen werden kann, unterbricht sie die Verjährung des ganzen Anspruchs. Denn da nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung seitens des Schuldners eine Teilzahlung genügt, sofern darin ein Anerkenntnis der ganzen Schuld enthalten ist, so muß auch seitens des Gläubigers eine Teilforderung genügen. A. M. Planck Note 1 zu § 209.

2. Axhausen, JW. **03** 268: Wenn in einem reichsgesetzlich geordneten Verfahren die Rechtshängigkeit des Anspruchs in anderer Weise als durch „Klagerhebung" herbeigeführt wird, so wird der Eintritt der Rechtshängigkeit der Klagerhebung im Sinne des § 209 gleichzustellen sein. Da die Buße ein bürgerlich-rechtlicher Schadenersatz ist, unterbricht der im Strafprozesse gestellte Bußantrag die Verjährung des Schadenersatzanspruchs.

3. **RG.** R. **03** 399: Im Falle einer auf Grund unterstellter Einwilligung der Gegenpartei zugelassenen Klagänderung gilt die „Klage über den neu hinzugekommenen Anspruch" als erhoben mit ihrer Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung.

4. Ziff. 2. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 193, 194: Die Anmeldung des Anspruchs im Konkurs ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine unmaßgebliche Willensäußerung.

5. Ziff. 5. Einstweilige Verfügung keine Vollstreckungshandlung; die auf Grund ihrer eingetragene Vormerkung unterbricht also Verjährung des vorgemerkten Anspruchs nicht. Reichel, Jherings J. **46** 84 f.

§ 212. Hellwig, DJZ. **03** 285: Aus Abs. 2 des § 212 ist der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen, daß die zur Wahrung eines Rechtes geschehene Klageerhebung dem Berechtigten mit zeitlicher Beschränkung dann zugute kommen soll, wenn wegen Wahl eines unzuständigen Gerichts oder aus anderen dergleichen Mißgriffen in der Form die fristgerecht erhobene Klage nicht zum Ziele führen kann.

§ 221. Lessing, Begriff der Rechtsnachfolge nach bürgerlichem Rechte: Rechtsnachfolge ist gegeben bei der Zession, beim Pfandrechte, beim Rechtserwerb infolge guten Glaubens (6, 23, 37 ff.), beim Besitze kann von einer Sondernachfolge gesprochen werden (65). Der Begriff der Rechtsnachfolge ist nicht anwendbar bei der Schuldübernahme, bei der Vormerkung (3 ff., 23); der Anfechtungsberechtigte ist nicht Rechtsnachfolger des Anfechtungsgegners (52).

§ 222. 1. Suppes, Einredebegriff 17 ff. zeigt, daß die Verjährungseinrede die schwächste von allen dauernden Einreden ist, indem als ihre Wirkungen lediglich übrig bleiben, daß der Verpflichtete die zwangsweise Beitreibung des Geschuldeten im Prozeß immer verhindern kann und daß die Aufrechnung in der Regel ausgeschlossen ist, während alle übrigen Wirkungen der sonstigen dauernden Einreden nicht vorhanden sind (21). Vgl. auch Langheineken, Anspruch und Einrede 282.

2. Abs. 2 greift nicht Platz, wenn der Verpflichtete zur Vermeidung der Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Titels einen verjährten Anspruch befriedigt. Suppes, Einredebegriff 20.

3. Abs. 2 Satz 2. Die Bewilligung einer Vormerkung (nicht die zwangsweise Eintragung auf Grund einstweiliger Verfügung) enthält eine Sicherheitsleistung im Sinne des § 222 Abs. 2 Satz 2. Suppes 25; vgl. o. Ziff. 1, 2 zu § 208.

4. Langheineken a. a. O. 285 hält gegen Planck II 79 einseitigen Verzicht auf eine Einrede für möglich, weil auch andere Befugnisse, wie das Anfechtungsrecht, durch einseitigen Verzicht, also auch ohne Mitwirkung des Gegners aufgehoben werden könnten. Hölder, AzivPr. **93** 81 dagegen folgert aus Abs. 2 des § 222 die Unmöglichkeit eines einseitigen Verzichts. Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 1 zu § 222 (132).

§ 224. Die im § 53 der EisenbVerkOrd. und Art. 7 des Int.Üb. über den Eisenbahnfrachtverkehr für gewisse Zuwiderhandlungen gegen die frachtrechtlichen Vorschriften festgesetzten „Frachtzuschläge" sind, mag man sie nun als „Konventionalstrafen" (so **RG. 47** 33 und Eger, Komm. z. Eisenb.Verk.Ord. (2) 268 und zum Int.Üb. (2) 132) oder als „unmittelbar auf Gesetz beruhende Verbindlichkeiten (obligationes ex lege)" (so: Gerstner, Int.Üb. 142 und Supplement hierzu 56, Rosenthal, Int.Üb. 75) auffassen, keine von dem Anspruch auf die Fracht abhängenden Nebenleistungen, verjähren also nicht, wie dies nach § 470 Abs. 1 HGB., § 61 Abs. 5 EVO., Art. 12 Abs. 4 Int.Üb. und § 196 Ziff. 3 BGB. bei dem Anspruch auf die Fracht der Fall ist, in einem bzw. in zwei Jahren, sondern gemäß § 195 in 30 Jahren, Reindl, Hirths Ann. **03** 547 gegen Eger, DJZ. **03** 123/124. Vgl. auch Reindl, DJZ. **03** 100.

Sechster Abschnitt.

Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Literatur: Auer, Der strafrechtliche Notstand und das BGB. Preisschrift 1903. — Großmann, Das Prinzip der Selbstverteidigung im BGB. Berliner Diss. Berlin 1903. —

Münz, Die Voraussetzungen und Wirkungen der Notwehr, des Notstandes und der Nothilfe im BGB. und ihre Unterschiede. 1903. — Oetker, Notwehr und Notstand in Bernhöft und Binders Beiträgen **1** 237—317.

§ 226. 1. Plathner, Das private Baurecht in Preußen, PreußVerw. Bl. **22** 542 führt über Schikanebauten aus: Es muß bezweifelt werden, ob der § 226 auf dem Gebiete des Bauwesens praktische Bedeutung gewinnen wird, weil es nicht genügt, nachzuweisen, daß ausschließlich Schikane zu der Ausführung des Baues geführt hat, sondern ein Thatbestand gefordert wird, der in seinen objektiven Merkmalen die Möglichkeit jeden anderen Zweckes ohne weiteres ausschließt (543). Auch selbst dann, wenn der verfolgte Nebenzweck rechtlich oder moralisch unerlaubt erscheint, ist die Anwendung des § 226 ausgeschlossen. Eine „Rechtsausübung" liegt in der Errichtung jedweder baulicher Anlagen, denn das Eigentum gibt hierzu das Recht. Da die Rechtsausübung etwas Faktisches ist, kann auch derjenige, dem ein Recht nicht zusteht, dieses auszuüben, indem er diejenige Handlung vornimmt, zu der das fragliche Recht, z. B. das Eigentum, die Befugnis gibt. Daher liegt auch eine Ausübung des Rechtes vor, wenn ein Dritter auf einem Grundstücke gegen den Willen des Eigentümers baut (542).

2. Oertmann, DJZ. **03** 326: Nicht allein eine wirkliche, sondern selbst eine problematische Verfolgung eigenen Vorteils schließt die Anwendung des § 226 aus, mag auch die Schädigung des fremden Interesses daneben bezweckt gewesen sein, mag sie selbst den Hauptzweck der Handlung gebildet haben. Hölder, Note 3b zu § 226.

3. Breit, Geschäftsfähigkeit 233: Es würde Schikane sein, wenn der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen Schuldners die von seinem Mündel persönlich geleistete und dem Gläubiger zur Zeit der Leistung geschuldete Sache zurücksenden würde.

4. „Rechtsmißbrauch" keine Rechtsausübung weil das Recht nicht weiter geht, als das Interesse an der Ausübung. Siber, Rechtszwang 104ff.

5. Zu § 226 vgl. Neumann, Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts § 25, insbesondere 180: Die Norm des § 226 rennt offene Türen ein; eine Rechtsausübung, die nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen, ist aus logischen und juristischen Gründen gar nicht denkbar.

6. Die Kritik des § 226 durch Stammler s. JDR. **1** Ziff. 1 vgl. dort auch besonders Ziff. 2, die eingehenden Ausführungen Ramdohrs.

7. Aus der Praxis.

a) Umfang des Schikaneverbots. **RG. 54** 433ff., JW. **03** Beil. 86: Nach dem Schikaneverbote hat sich der Eigentümer, wenn er auf die seinem Rechte unterstellte Sache einwirkt, jedes Vorgehens zu enthalten, welches nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Eine derartige Einwirkung liegt aber dann nicht vor, wenn der Eigentümer der Benutzung der Sache durch Dritte, denen hierzu ein Rechtstitel nicht beiwohnt, in dem Falle entgegentritt, daß die Benutzung irgendwelchen Schaden für den Eigentümer nicht herbeiführt, mag etwa dieser auch hierbei von der Absicht geleitet sein, dem Dritten den mit der Benutzung verfolgten Vorteil zu vereiteln. Denn ein derartiges Vorgehen ist eine Abwehrmaßregel, welcher zugleich das Bestreben zugrunde liegen wird, das Eigentumsrecht unbeschränkt zu erhalten.

RG. 54 52, JW. **03** Beil 54: Bei Ausübung obligatorischer Rechte wird es kaum je zur Anwendung des § 226 kommen können.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 577ff.: Ein Pfandgläubiger, der wegen einer verhältnismäßig geringen Forderung sein Pfandrecht an Sachen in weit bedeutenderem Werte geltend macht, verstößt nicht gegen § 226.

b) BayrObLG. 3 753ff.: Kann die Ausübung eines Rechtes mehrere Zwecke haben, so trifft die Voraussetzung des § 226 nicht zu (759).

§ 227. (Vgl. besonders JDR. **1** Ziff. 1—4 zu § 227). 1. Nach Großmann bilden die Notwehr und das Recht des § 228 („Notstandsverteidigung") bloße Unterfälle eines gemeinsamen Rechtsinstituts der „Selbstverteidigung" (vgl. die Überschrift des 6. Abschnitts). Das Prinzip der „Selbstverteidigung" ist die Bekämpfung des drohenden bürgerlichen Unrechts. Als bürgerliches Unrecht stellt sich jede — unbefugte — Verletzung eines Rechtsguts dar, deren Ursache in einem fremden Herrschaftskreise liegt, gleichgültig, ob das Subjekt dieses Herrschaftskreises an der Entstehung der Verletzung persönlich beteiligt ist (wie beim strafbaren Unrecht), oder ob nur eine in seinem Eigentume stehende Sache, ein seiner väterlichen Beaufsichtigung unterliegendes Kind oder ein in seinem Interesse handelnder Angestellter die Verletzung (bzw. beim drohenden Unrechte die Gefahr) hervorrufen. Von sämtlichen Möglichkeiten der Selbstverteidigung gegen ein solches drohendes bürgerliches Unrecht fällt unter § 227 nur die Verteidigung gegen einen vorsätzlichen (also subjektiv rechtswidrigen) Angriff, da das Wort „Angriff" im § 227 nicht im natürlichen (auch den Tierangriff umfassenden), sondern (in Übereinstimmung mit dem Strafgesetzbuch) im „juristischen" Sinne zu verstehen ist. Alle übrigen Fälle der Selbstverteidigung, zu denen außer der im § 228 ausdrücklich geregelten Abwehr einer fremden Sache auch die Abwehr eines fremden Angestellten durch Eingriff in den Rechtskreis seines Herrn sowie die Abwehr eines Fahrlässigen, eines Geisteskranken und eines Willenlosen gehören, sind nach § 228 zu beurteilen, auf welchen das im § 904 vorwaltende Prinzip der Opferung minderwertiger Güter einen die Reaktion des Rechtes gegen das Unrecht abschwächenden Einfluß ausgeübt hat.

2. Oetker a. a. O. 7 ff.: Infolge Annahme des strafrechtlichen Notwehrbegriffs im § 227 wird auch die kriminalistische Notwehrdoktrin für BGB. insofern entscheidend, als nicht positive Bestimmungen entgegenstehen.

Die Ersatzpflicht des Angreifers nach §§ 823 ff. umfaßt Aufwendungen, die der Notwehrakt mit sich brachte.

Dem Nothelfer haftet wegen der Kosten der Nothilfe der Unterstützte gemäß §§ 683 ff. Er kann auch den Angreifer aus § 823 in Anspruch nehmen, denn es erwuchs ihm aus dessen Delikt das Recht der Nothilfe; die Kostenaufwendung steht mit dem Delikt in Kausalzusammenhang.

Notwehrexzeß ist zwar nach § 53 Abs. 3 StGB. straflos, aber unerlaubte Handlung und daher ersatzpflichtig.

3. Meves, GoltdA. **46** 162 ff. vergleicht die Notwehr des Strafrechts mit derjenigen des BGB. und gelangt zu dem Ergebnisse, daß zwar einzelne Begriffsmerkmale aus dem Strafrecht in das bürgerliche Recht zu übernehmen sind, daß jedoch das zivilrechtliche Notwehrrecht wesentlich enger und begrenzter, ja begrifflich anders als das strafrechtliche ist. Die zivilrechtliche Notwehr sieht ab von der Schuldfrage und regelt nur die vermögensrechtlichen Folgen der Tat. Sie beschränkt daher die Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß jeder den Schaden zu ersetzen hat, den er angerichtet, auf die engsten Grenzen, nämlich auf das Vorhandensein der objektiven Merkmale derselben. Dagegen kennt das Strafrecht nicht allein den straflosen Notwehrexzeß, sondern auch die sog. putative Notwehr. In diesem Punkte liegt der wesentliche Unterschied zwischen der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Notwehr. Infolge dieser Verschiedenheit erfolgt hier die Freisprechung desjenigen, der durch eine im Notwehrexzesse begangene Tat die Rechtsgüter eines anderen verletzt hat, während dort seine Verurteilung zum Ersatze des verursachten Schadens erfolgen muß, liegt also eine Handlung

vor, die zwar nicht strafbar, wohl aber zivilrechtlich unerlaubt ist, eine Handlung, die, wenn sie in einer Körperverletzung besteht, vor dem Strafrichter bußefrei, vor dem Zivilrichter zum Schadenersatze verpflichtend ist. Der durchaus unhaltbare Zustand, daß der Strafrichter die Bußeforderung zurückweist, während der Zivilrichter den Entschädigungsanspruch für gerechtfertigt erklärt, hätte vom Gesetzgeber vermieden werden können und müssen (163).

4. Eine Kopie des § 53 StGB. paßt gar nicht zu dem in §§ 904, 228 statuierten Notrechte! Der veraltete Notwehrbegriff mit seinem Mangel jeder Proportionalität und Subsidiarität, mit seiner „Totschlägermoral" wird in einer zukünftigen Gesetzgebung dem Notstandsbegriff genähert werden müssen. Zur Zeit eine unerträgliche Dissonanz! Auer, Der strafrechtliche Notstand.

5. Rechtsprechung: **RG. 54** 52, JW. **03** Beil. 54: Der Rechtsbehelf der Notwehr enthält nicht ein qualifiziertes Bestreiten, insonderheit ein Leugnen der Vorsätzlichkeit des rechtswidrigen Handelns. Der sich auf Notwehr Berufende hat vielmehr die Beweispflicht für die Voraussetzungen der Notwehr.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **69** 210: Die Notwehr ist als Einrede vom Beklagten zu beweisen, der durch sie sich exkulpieren will.

RG. Str. **36** 230: Ein allgemein bestehendes Recht, fremde Hunde zu töten, steht dem Jagdberechtigten vom Standpunkt der Notwehr oder Selbsthilfe nicht zu.

§ 228. (Vgl. auch u. zu § 904). 1. Oetker a. a. O. 8 ff.: Der § 228 gibt zum Schutze bedrohter Rechtsgüter, insbesondere auch des Eigentums, ein Notrecht zur Verletzung fremder Sache.

Gibt generelles Nothilferecht.

Die Notrechtsübung muß vom Betroffenen geduldet werden.

Das Notrecht ist Zwangsrecht; Widerstand darf gebrochen werden, auch wenn die Voraussetzungen der Selbsthilfe nach § 229 nicht vorliegen.

Das Notrecht besteht auch bei verschuldeter Gefahr, aber mit Ersatzpflicht. Die letztere ist nicht Deliktsfolge. Durch die Gewährung des Notrechts auch bei verschuldeter Gefahr wird eine Ausnahme begründet von der Strafbarkeit der verschuldeten Notstandsverletzung gemäß § 54 StGB.

Das Notrecht setzt voraus Proportionalität von drohender Gefahr und bewirktem Schaden. Dabei entscheidet auf seiten des Bedrohten das Interesse, auf seiten der gefahrdrohenden Sache der Sachschaden. Der so taxierte eigene Schaden braucht nicht größer oder ebenso groß zu sein als der zuzufügende, er darf nur nicht erheblich geringer sein.

Bei Verschuldung der Gefahr durch den Bedrohten ist dieser, nicht der Nothelfer ersatzpflichtig. Der Nothelfer ist es, wenn er die Gefahr verschuldet hatte. Haben beide die Gefahr verschuldet, so haften sie als Gesamtschuldner analog § 830.

Gefahrdrohende Sache ist die gefahrerzeugende, nicht die nur gefahrvermittelnde Sache. Die Sache darf beschädigt werden, soweit sie Gefahr droht. Ist die Beschädigung des gefahrdrohenden Teiles nicht möglich, ohne andere Teile in Mitleidenschaft zu ziehen, so fällt auch deren Beschädigung unter § 228. Bestandteile, die in wesentlichem Zusammenhange mit dem gefahrdrohenden Teile stehen, müssen in Analogie des § 93 bezüglich des Notrechts und der Entschädigung ebenfalls als gefahrdrohend, nicht als nur gefahrvermittelnd gelten.

Zerstörung der nur gefahrvermittelnden Sache, z. B. des nicht brennenden Zwischenhauses, fällt unter § 904.

§ 228 umfaßt keineswegs nur Notstandsfälle (gegen **RG.** 1. StrS. **34** 296). Der Gesetzgeber gibt, ohne zwischen Notwehr und Notstand zu unterscheiden, unter den tatsächlichen Voraussetzungen des Paragraphen ein Notrecht mit Ersatzpflicht bei selbstverschuldeter Gefahr. Das Verteidigungsrecht bei Notwehr besteht nach §§ 53 StGB., 227 BGB., unbeschränkt durch § 228.

Der Tierangriff ist „rechtswidriger", d. h. subjektiv nicht berechtigter, Angriff im Sinne der Notwehrdefinition. (A. M. Titze, Notstandsrechte 82 ff., s. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 227.) Er begründet Notwehr ohne die Schranke der Proportionalität nach § 228, aber Ersatzpflicht bei selbstverschuldeter Gefahr gemäß § 228. Es kann nicht Abwehr eines Menschen unbedingt, eines Hundes nur bei Verhältnismäßigkeit von Schaden und Gefahr gestattet sein.

Auf wechselseitigen Tierangriff ist § 228 unanwendbar. Die Tierhalter haften einander aus § 833. Die Haftung entfällt aber, wenn die Verletzung nur von der anderen Seite verschuldet war, den Halter des verletzenden Tieres keinerlei Schuld trifft (gegen **RG. 51** 275 ff.).

2. a) Gefahr ist diejenige nicht übersehbare Situation, welche so viele scheinbare Bedingungen der Rechtsgüterverletzung erkennen läßt, daß die vernünftige, mithin durchschnittliche Besorgnis ihres Eintretens entsteht, und daß Vorsichtsmaßregeln verkehrsüblich sind.

Diese Situation steht unter der Signatur der Abnormität, die Gegenmaßregeln sind Folge des Selbsterhaltungstriebs. Als Gegensatz der vernünftigen Besorgnis erscheint die peinliche Ängstlichkeit auf der einen, die törichte Waghalsigkeit auf der anderen Seite. Mit diesem Standpunkte kann das Verkehrsleben nicht rechnen, die Gesetzgebung weist ihn zurück als unbeachtliche Singularität.

Der Gefahrzustand beeinträchtigt die Benutzbarkeit der Sache, die Rentabilität des Unternehmens, die Sicherheit des Gewahrsams schließlich bis zum Nullpunkt. Rotering, Jur. Vierteljahrsschrift (Wien) **98** 91; Besitz und Gewahrsam daselbst **01** 41, AbürgR. **22** 21.

b) Meumann, Prolegomena 187: Der Grund des Erfordernisses, daß der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht, ist die Rücksichtnahme auf das Interesse der Gesellschaft, das Gesellschaftsvermögen möglichst zu erhalten. Es kann daher nur der gemeine Wert der beiden Sachen in Betracht gezogen werden, dagegen kann der Bedrohte nicht auch den Affektionswert in Anschlag bringen.

3. Verhältnis des § 228 zu § 904. Der § 228 ist ein Sonderfall des im § 904 ausgesprochenen allgemeinen Notrechts gegen Sachen; (vgl. unten § 904).

Häufig wird übersehen, daß die verlangte Proportionalität zwischen der drohenden Gefahr und dem angerichteten Schaden hier im § 228 eine andere ist als § 904. Nach § 228 darf die abgewandte Gefahr nicht unverhältnismäßig kleiner sein als der zugefügte Schaden, darf also gleich groß, ja sogar kleiner sein. Wir haben es eben hier mit dem Angriff einer gefahrdrohenden Sache (z. B. eines Hundes) zu tun. Nach § 904 muß die abgewandte Gefahr „unverhältnismäßig groß" sein, darf also nicht gleich groß, geschweige denn kleiner sein.

Das BGB. hat das für das Strafrecht wichtige Notstandsproblem nicht gelöst. Notstandshandlungen, die gegen Menschen direkt gehen und nicht gegen Sachen, sind bei aller Proportionalität, d. h. wenn sie noch so geringfügiger Einwirkung sind, doch kein Notrecht.

§ 228 ist gegenüber ohne Willen tätig werdenden Personen (Betrunkenen, Kindern, Wahnsinnigen ꝛc.) als Schutz des auf deren Angriffe reagierend Handelnden nicht anwendbar. Die Motive zum BGB. haben diese Streitfrage offen

gelassen. Gegen solche Personen ist Notwehr nach § 227 zulässig, was ebenfalls streitig ist. Auf jeden Fall wird eine „Person", ein Mensch durch Ausschaltung des verantwortlichen Willens nicht zur „Sache". Auer, Der strafrechtliche Notstand.

4. Verhältnis des § 228 zu § 227. Münz stellt nach einem geschichtlichen Überblicke die Voraussetzungen und Wirkungen der Notwehr denen des Notstandes gegenüber.

Durch argumentum e contrario zu §§ 227 und 904 schließt Münz, daß im § 228 die Gegenwärtigkeit der Gefahr nicht vorausgesetzt wird; a. M. Matthiaß I 273 (30).

Wie bei der Notwehr, so können auch beim Notstande Persönlichkeits- oder Vermögensrechte angegriffen werden. Nur dürfte mit Rücksicht auf das Wesen des Notstandes der Kreis der Persönlichkeitsrechte ein engerer sein, da z. B. Güter wie Ehre und Namensrecht durch eine Sache nicht gefährdet werden können und somit nicht in Betracht kommen (31).

Aus der inneren Verschiedenheit des Notstandes und der Notwehr dürfte zu folgern sein, daß beim Notstand im Gegensatze zur Notwehr die Abwendung durch unschädliche Mittel — wie Flucht, Verscheuchen der fremden Tiere — geboten ist. Auch muß sich im Gegensatze zur Notwehr die Beurteilung der zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Stärke nach einem objektiven Kriterium richten (33).

5. Satz 2. a) Münz 43/44: Aus Satz 2 ist nicht etwa zu folgern, daß bei verschuldeter Gefahr die Notstandshandlung widerrechtlich ist, vielmehr wollte der Gesetzgeber mit dem Satz 2 einen besonderen Zweck verfolgen; er wollte auch den verschuldeten Notstand für rechtmäßig erklären (a. M. Liszt, Deliktsobligationen 94). Infolgedessen erschien es als notwendig, die Ersatzpflicht ausdrücklich zu statuieren, weil diese eine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzipe des § 823 bildet. Die Notstandshandlung hat bei Verschulden eine Haftung im Gefolge, die aber nicht unter den Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit fällt, sondern als Ausfluß einer rechtmäßigen Handlung sich darstellt.

b) Meves, Goltdammers A. **46** 168: Satz 2 führt nach Meves zu einer wenig annehmbaren Konsequenz. Der Schutz des § 228 kommt auch dem zugute, der die einem anderen drohende Gefahr beseitigt, und hört auf, wenn der Handelnde, also der die Gefahr Abwendende sie verschuldet hat, nicht auch, wenn der Bedrohte die Schuld trägt, gleichgültig, ob der Handelnde von der Verschuldung des anderen Kenntnis hat, oder nicht. Entspricht dieser Grundsatz dem Rechte? Ist er zu billigen? Die Frage ist zu bejahen, sobald die Gefahr unersetzlichen Rechtsgütern eines Menschen, also dem Leben, der Gesundheit oder der Freiheit desselben droht; wo es sich aber lediglich um eine das Vermögen bedrohende Gefahr handelt, erscheint es nicht gerechtfertigt, daß die von dem Bedrohten selbst aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit heraufbeschworene Gefahr von einem Dritten abgewendet werden kann, ohne daß dieser für den veranlaßten Schaden ersatzpflichtig wird, zum mindesten dann nicht, wenn er die Schuld des Bedrohten kannte. Den Vermögensschaden, den dieser erleidet, hat er sich selbst zuzuschreiben und muß ihn tragen.

6. Verhältnis des § 228 BGB. zum StGB. Hasse, DJZ. **03** 523: § 228 schließt nicht nur die Strafbarkeit der Sachbeschädigung aus. „Nicht widerrechtlich" heißt nichts weiter als jede Verantwortlichkeit soll wegen dieser Handlung ausgeschlossen sein. Gerade aus der Gegenüberstellung des letzten Satzes mit dem ersten Satze des Paragraphen „hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadenersatze verpflichtet" folgt, daß eine strafrechtliche

Verfolgung überall ausgeschlossen sein soll, wenn nur die Handlung in den Rahmen des Paragraphen fällt.

§ 229. 1. Die Selbsthilfe des BGB. im Verhältnisse zu den Bestimmungen des Strafrechts erörtert Meves a. a. O. 169 ff. und gelangt zu dem Ergebnisse, daß bei der Selbsthilfe das BGB. und das Strafrecht, so nahe auch ihre Basen zusammenstoßen, mehr oder weniger weit auseinandergehen und daß vielfach mit Strafe zu verschonen sein wird, wer zivilrechtlich für den von ihm durch eine von ihm für berechtigte Selbsthilfe gehaltene Handlung angerichteten Schaden ersatzpflichtig ist (176).

2. Siber, Rechtszwang: Beseitigung eines Widerstandes zum Schutze absoluter Rechte ist Notwehr, solche zum Schutze obligatorischer Unterlassungsansprüche ist Selbsthilfe, und zwar nicht, wie sonst regelmäßig, nur vorläufig, sondern wie in §§ 859 Abs. 2 und 3, 561 Abs. 1 endgültige (79, 88).

3. **RG.** SchleswHolstAnz. **03** 140 ff.: Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 229 ist, daß für den „sich selbst Helfenden" ein Anspruch besteht und daß die Verwirklichung dieses Anspruchs der Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung ausgesetzt ist. Der Jagdberechtigte hat nicht nach § 229 BGB. die Befugnis, dem auf seinem Jagdrevier unberechtigt Jagenden das Gewehr abzunehmen, wohl aber kann diese Wegnahme unter Umständen als eine für den Jagdberechtigten nach § 227 erlaubte Verteidigungsmaßregel erscheinen (142).

§ 231. Auf die Schadenersatzpflicht finden die allgemeinen Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen Anwendung. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 295, 296 (s. JDR. **1** zu § 231).

Siebenter Abschnitt.

Sicherheitsleistung.

§ 232. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 362 ff.: Abs. 1 des § 232 beschränkt die Pflicht des Schuldners zur Sicherheitsleistung keineswegs auf diese guten Vermögensstücke, sondern diese Pflicht erstreckt sich auf das ganze der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners, und der Gläubiger darf die Vollstreckung auf minder gute Vermögensstücke richten, wenn er sich mit der minderen Sicherheit, die sie bieten, begnügen will und muß, und er darf die Vollstreckung so lange fortsetzen, bis die durch sie erlangte Sicherheit genügt oder der Schuldner solche auf eine der im § 232 bezeichneten Weisen leistet (365).

Anhang zum Allgemeinen Teile: Beweislast.

Literatur: Du Chesne, Zur Beweislast für die anspruchbegründenden Tatsachen, DJZ. **03** 465 ff. — Hölder, Über das Klagerecht, Jherings J. **46** 265 ff. — Martinius, Behauptungs- und Beweislast bei der Negative in dem bedingten Vertrage, Berlin 1902 u. R **03** 11 ff. — Meyerhofer, Z. f. schweiz. R., N. F. **22** 313 ff. — Schulz, Die Beweislast im Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozesse. Coblenz, 1903.

1. Du Chesne, DJZ. **03** 465 ff.: Es gibt einen Beweis im Prozeß und einen Beweis außerhalb des Prozesses, lediglich auf dem Gebiete des Privatrechtsverkehrs (§§ 111, 174, 410, 1160, 2367). Vereinbarungen über letzteren berühren nicht notwendig das öffentliche Interesse und sind, insoweit sie dies nicht tun, zulässig.

Allerdings ergibt sich nur aus dem recht verstandenen Wesen jedes einzelnen Rechtsinstituts die Beweislast, insbesondere für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Aber die einzelnen Rechtsinstitute treten bei genauerem Zusehen in die Gruppen der absoluten und relativen Rechte auseinander; bei den ersteren

gehört zu den anspruchsbegründenen Tatsachen die rechtsverletzende Tatsache, bei den letzteren nicht.

2. Martinius, Beweislast 19, 23, 49 u. R. 03 12, Beweislast bei der Negative:

a) Negativen sind an sich nicht zu behaupten und zu beweisen, dies ist Grundsatz vor der Linie der Lehre von der Behauptungs- und Beweislast.

b) Tatsachen sind von demjenigen zu behaupten und zu beweisen, der daraus rechtliche Folgerungen für sich gezogen zu sehen wünscht.

c) Die Negative ist ausnahmsweise von demjenigen zu behaupten und zu beweisen, der daraus rechtliche Folgerungen für sich gezogen zu sehen wünscht, wenn für die Positive eine gesetzliche Vermutung streitet.

Auf Grund der §§ 345, 358 gelangt Martinius zu dem Ergebnis, daß, sobald vom Gläubiger an die Nichterfüllung eines auf Unterlassen gerichteten Vertrages geknüpfte Rechtsfolgen geltend gemacht werden, niemals der Schuldner, der zum Unterlassen verpflichtet ist, im Prozesse den Beweis der Negative, des Unterlassens, zu liefern hat, sondern daß der Gläubiger das der Vertragspflicht zuwiderlaufende Tun, eine positive Tatsache, beweisen muß, und daß die aus den §§ 362, 363 gefolgerte Generalregel, wonach der Schuldner die Erfüllung zu beweisen hat, auf Verträge, die zu einem Tun verpflichten, zu beschränken ist.

3. Nach Schulz, Beweislast 15 ff., braucht der Gläubiger einer positiven Leistung ihr Unterbleiben niemals zu beweisen. Auch dann, wenn der Gläubiger einer positiven Leistung mit ihrem Unterbleiben ein anderes Forderungsrecht oder das Erlöschen einer Pflicht begründet, soll der Schuldner die Gewährung der Leistung zu beweisen haben.

4. Hölder, Über das Klagerecht, Iherings J. 46 265 ff.: Ein Klagerecht gegen eine bestimmte Person hat, wer einen fälligen und durch ihre Belangung verfolgbaren Anspruch auf den Eintritt eines bestimmten Erfolges hat. Das Klagerecht gehört dem öffentlichen Rechte, aber nicht dem Prozeßrechte an. Durch seine Existenz ist die Möglichkeit und durch seine Abwesenheit die Unmöglichkeit erfolgreicher Klage nicht schlechthin, sondern nur insoweit gegeben, als nicht nach dem Prozeßrecht ein anderes Moment über den Erfolg der Klage entscheidet. Habe ich gegen einen anderen den Anspruch auf den Eintritt eines bestimmten Erfolges in der Weise, daß ich von ihm dessen Bewirkung verlangen kann, so habe ich einen Anspruch im Sinne des BGB. Diesem Falle steht aber zur Seite der Fall, daß ich die Bewirkung des Erfolges, auf dessen Eintritt ich einen Anspruch habe, zwar nicht vom anderen, aber ihm gegenüber durch seine Belangung vom Gerichte verlangen kann. Die Geltendmachung jenes Anspruchs ist eine sog. Leistungsklage, die Geltendmachung dieses Anspruchs eine sog. Bewirkungsklage. Der Zweck dieser ist die Erlangung eines ihr stattgebenden Urteils. Der Zweck jener ist einesteils durch das ihr stattgebende Urteil noch nicht erreicht und anderenteils ohne Urteil erreicht durch die Befriedigung des vom Kläger erhobenen Anspruchs. Das Bedürfnis der Klage ist für die Bewirkungsklage gegeben durch die Existenz des Anspruchs als eines solchen, der nur durch Urteil seine Befriedigung finden kann. Im Falle der Leistungsklage ist durch jene das Klagerecht, aber nicht das Bedürfnis der Klage gegeben, das für deren Erfolg nur Bedeutung hat bezüglich der Kosten, die im Falle einer ohne Bedürfnis erhobenen Klage den Kläger treffen. Außer dem nunmehrigen Eintritt einer Wirkung kann mir ein anderer schulden, daß durch ihn eine solche später eintrete oder nicht eintrete. In beiden Fällen habe ich nicht ohne weiteres, sondern nur unter Umständen ein Klagerecht. In beiden Fällen fehlt es an einem präsenten Anspruche. Für den ersten Fall entspricht diese Annahme dem Texte des BGB., das nicht (§ 198) die Verjäh-

jährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnen lassen könnte, wenn der noch nicht fällige Anspruch ein bereits bestehender wäre. Für den zweiten Fall widerspricht sie dem Texte des BGB., das auch Ansprüche auf „ein Unterlassen“ kennt (§ 194). Daß aber nach § 198 zwar andere Ansprüche, mit ihrer Entstehung aber Ansprüche auf ein Unterlassen mit der Zuwiderhandlung zu verjähren anfangen, bedeutet in Wirklichkeit eine Verjährung des durch die Zuwiderhandlung entstehenden Anspruchs auf Beseitigung ihres Erfolges. Der noch nicht fällige Anspruch und der Anspruch auf Unterlassung hat mit dem Feststellungsanspruche gemein, daß er nicht ohne weiteres, sondern nur im Falle eines Bedürfnisses gerichtlich erhoben werden kann, daß er nicht durch das Unterbleiben seiner gerichtlichen Erhebung verjähren kann und daß das ihm stattgebende Urteil nicht eine durch ihre Existenz vollstreckbare Verurteilung ist. Zwar erklärt man, das Feststellungsurteil sei überhaupt keine Verurteilung im Gegensatze zu dem einer Klage auf Unterlassung oder künftige Leistung stattgebenden Urteile. Aber auch dieses kann eine Verurteilung nur eventuell sein für den Fall der Zuwiderhandlung oder des Ausbleibens rechtzeitiger Leistung, und wenn überhaupt eine nur eventuelle Verurteilung zugelassen wird, so kann jedes Feststellungsurteil eine solche sein für den Fall der später aus dem festgestellten Rechtsverhältnisse folgenden Existenz eines fälligen Anspruchs. Demnach sind die Klagen auf Unterlassung und künftige Leistung nichts anderes als Feststellungsklagen, woran der Umstand nichts ändert, daß für sie besondere Normen bestehen. Keine Feststellungsklage existiert, wenn in Verbindung mit einer Leistungspflicht des Beklagten das sie begründende umfassendere Rechtsverhältnis geltend gemacht wird, was stets zutrifft im Falle einer dinglichen Klage. Ein Klagerecht gegen einen anderen habe ich teils kraft eines einem anderen gegenüberbestehenden Anspruchs auf eine gegenwärtige Änderung, teils ohne einen solchen, wenn mir durch einen anderen die Gefahr droht, daß in Zukunft ein meinem Rechte nicht gemäßer Zustand bestehe, sei es durch den Eintritt oder durch das Ausbleiben einer Änderung.

5. Meyerhofer, Z. f. schweiz. Recht, N. F. **22** 313 ff. führt, im wesentlichen anschließend an Fitting, Die Grundlagen der Beweislast, Buschs Z. **13** 1 ff., aus:

Die Lehre von der Beweislast im Zivilprozeß ist ihrem Prinzipe nach eine prozessualische, weil aufs engste mit der Verhandlungsmaxime zusammenhängende Materie.

Die sog. Grundregel, daß der Angreifer die rechtsbegründenden, der Angegriffene die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen zu beweisen habe, ist richtig und muß auch auf dem Boden der ZPO. und des BGB. gelten. Nur ist hierbei zweierlei zu berücksichtigen. Erstens, daß es in Tat und Wahrheit nicht die Tatsachen sind, welche Rechte erzeugen oder vernichten, sondern daß dies die Rechtssätze sind. Und zweitens, daß es sich nicht um eine eigentliche Grundregel, sondern um eine Folgerung aus einer in der Natur des Zivilprozeßverfahrens liegenden Grundregel handelt. Letzteres ergibt sich aus folgendem: Man muß bei den Rechtssätzen wirkende und gegenwirkende unterscheiden. Letztere vereiteln entweder die Wirkungen der ersteren von Anfang an und verhindern somit das Entstehen eines Rechtsverhältnisses. Zu diesen gehört z. B. § 104: Eine von einem Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung ist nichtig, auch wenn sie in der gesetzlich vorgeschriebenen Form erfolgt ist. Oder sie beseitigen die bereits entstandene Wirkung wieder. Hierher gehören z. B. die Rechtssätze über Löschung von Schuldverhältnissen durch Leistung, Neuerung 2c. (§§ 241 ff., 414 ff.).

Weil nun die notwendige Voraussetzung der Anwendung eines Rechtssatzes die ist, daß die tatsächlichen Voraussetzungen desselben rechtsgenügend feststehen, so folgt daraus der Natur des zivilprozessualischen Verfahrens nach, daß das Gericht, wenn nur die tatsächlichen Voraussetzungen der wirkenden Vorschrift und nicht auch diejenigen einer gegenwirkenden vorhanden sind, sei es, daß diese ihm gar nicht vorgetragen, oder sei es, daß sie im Falle der Bestreitung nicht bewiesen sind, auch nur die erstere anwenden kann und wird.

Das Verhältnis einer die Wirkung einer anderen von Anfang an ausschließenden Rechtsvorschrift zu dieser anderen ist zurückzuführen auf dasjenige der Regel zur Ausnahme. Wer sich also auf eine Normalregel beruft, der muß nur die tatsächlichen Voraussetzungen dieser anführen und beweisen, und kann es dem Gegner überlassen, das Eingreifen einer Ausnahmevorschrift durch die Anführung und den Beweis der betreffenden besonderen Merkmale seinerseits darzutun. Für die Frage, was Normalregel und was Ausnahmevorschrift sei, müssen im wesentlichen innerliche, sachliche Momente entscheidend sein. Das Kennzeichen des Normalen besteht darin, daß es in der Gesetzgebung nicht besonders hervorgehoben wird.

Diese Fragen sind materiell-rechtlicher Natur; die Beweislastlehre hat also auch eine materiell-rechtliche Seite.

In diesen Erwägungen liegt der innere Grund für die Richtigkeit der oben genannten sog. Grundregel. Und damit ist auch das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen rechtsbegründenden und rechtshindernden „Tatsachen", welche Unterscheidung von jeher am meisten Schwierigkeiten gemacht hat, gewonnen.

Es erscheint vom Standpunkte des BGB. aus, was z. B. Personen anbetrifft, als der normale Zustand die Geschäftsfähigkeit, was z. B. Willenserklärungen anbetrifft, als das normale und regelmäßige, daß sie ernstlich gemeint seien. Und darum muß derjenige, welcher die rechtshindernden „Tatsachen" der Geschäftsunfähigkeit einer Person, des Scheingeschäfts oder Scherzes bei Willenserklärungen behauptet, diese auch beweisen.

Aus dieser Lehre folgt auch, daß die naturalia negotii keines Beweises bedürfen. Ebenso ergibt sich aus diesen Ausführungen, daß mit Bezug auf die Frage der Beweislastverteilung bei bedingten und befristeten Verträgen die sog. Einredetheorie und nicht die allerdings immer noch herrschende Leugnungstheorie die richtige ist: wer sich auf die besonderen Rechtssätze über Bedingungen und Befristungen beruft, muß das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser beweisen.

Auf dem Boden der hier entwickelten, auf Fitting zurückgehenden Lehre oder wenigstens auf grundsätzlich ähnlichem Boden stehen: Regelsberger, Pandekten 695 f., 561 Anm. 5, Betzinger, Beweislast 250 ff., Staub, Kommentar z. HGB. 12 ff., Rosenberg, Beweislast 58 ff., Kreß, Beweislast 56 ff. (über die beiden letzteren vgl. IDR. 1 Ziff. 5 a), Brodmann, Vom Stoffe des Rechtes und seiner Struktur, das Recht im Prozesse 89 ff.

6. Über die Beweislast beim Kaufe s. u. Ziff. 3 zu § 433.

Zweites Buch.
Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt.
Inhalt der Schuldverhältnisse.
Erster Titel.
Verpflichtung zur Leistung.

Vorbemerkung (zu §§ 241—304): Eine große Fülle bemerkenswerter allgemeiner theoretischer Ausführungen, die zum Teil das gesamte Verkehrsrecht betreffen, sich jedenfalls bei keiner Sonder-Vorschrift ungezwungen einordnen ließen, im „Jahrbuch" aber gleichwohl nicht fehlen dürfen, hat die umfangreiche, aber auch wohl gehaltvolle Vorgruppe notwendig gemacht, die dem § 241 vorangestellt ist. Die meisten von den hier berücksichtigten Arbeiten enthalten weitere wichtige Einzelausführungen, die bei den Sonderbestimmungen gebracht werden. — Mit grundlegenden Fragen befassen sich insbesondere die — zum größten Teil rechtskritischen — Schriften und Abhandlungen von Neumann und Gmür. — Im einzelnen scheint folgendes der Hervorhebung wert: zum Kapitel vom Unterlassungsanspruch ist der schon im JDR. 1 berücksichtigte, dort aber zu knapp weggekommene bekannte Aufsatz von Wendt in gebührender Weise nachgetragen worden. Der Begriff von „Treu und Glauben" der durch das — im folgenden gleichfalls noch eingehender herangezogene — auch schon der vorigen Berichtsperiode angehörige Werk von Konrad Schneider so reiche Förderung erhalten hat, ist in der Berichtsperiode 1903 im wesentlichen nur gelegentlich der Besprechungen dieser Arbeit, oft aber hierbei sehr eingehend beleuchtet worden. Meist findet Schneider wenigstens grundsätzliche Zustimmung. Vortrefflich erscheint aus der Praxis die an die Spitze zu § 242 gestellte Entscheidung des OLG. Marienwerder. — Demnächst lenkt das in der Berichtsperiode überaus eingehend behandelte Schadensersatzrecht die Blicke auf sich. Auch hier wurde eine allgemeine Vorgruppe zu den §§ 249 ff. notwendig. Außer den Betrachtungen Neumanns finden sich dort die sehr bemerkenswerten, anläßlich der im Flusse befindlichen Reform des schweizerischen Schadensersatzrechts veröffentlichten Ausführungen Gmürs und Burckhardts, die nicht nur de lege ferenda von Wert sind, sondern auch manches dogmatische Streiflicht werfen. Dogmatisch nimmt die erste Stelle die umfassende Abhandlung von Fischer-Rostock über den Schaden ein. Doch auch die Praxis, die insbesondere Wesentliches zum Thema vom Kausalzusammenhange beigesteuert hat, ist nicht zurückgeblieben. Weitaus den Vorrang behauptet sie aber in dem Sonderkapitel des § 254. Es ist erstaunlich und mit größter Freude zu begrüßen, wie lebendig diese theoretisch so angefochtene Vorschrift in ihrer Hand geworden ist. Hier ist es fast überall das RG., das grundlegend die Wege weist, indem es in jedem einzelnen Falle dem Billigkeitsgedanken, dem der gesetzgeberische Versuch entsprang, Rechnung zu tragen versucht. Vielleicht führt es ihn da und dort „durch die Vorschrift über die Vorschrift hinaus", aber die Ergebnisse entsprechen fast überall so sehr dem gesunden Rechtsgefühl, daß man an der Richtigkeit der eingeschlagenen Wege kaum zweifeln kann. Hervorragende Grundsätze insbesondere sind in den Entscheidungen zu 5 u. 6a formuliert worden. Von geradezu

grundlegender Wichtigkeit erscheint ferner die Anwendung des § 254 auf das Reichshaftpflichtgesetz, die trotz einer theoretischen Minderheit, der sich neuerdings sogar das OLG. Hamburg angeschlossen hat, als für die deutsche Praxis gesichert gelten kann. Bemerkenswert ist auch, was von dem mitwirkenden Verschulden der Minderjährigen entschieden ist, und wertvolle Einzelheiten fehlen überhaupt kaum einer einzigen eingehenderen Entscheidung. — Eingehend und der praktischen Bedeutung entsprechend ist im Berichtsjahr auch die Frage der Operationspflicht erörtert worden. — Dogmatisch von Wichtigkeit ist außer den allgemeinen Abhandlungen über die §§ 249 ff. insbesondere die Monographie von Gottschalk. — Im folgenden fällt eine reichhaltige Judikatur zu den §§ 259, 260 und 269 ins Auge, dagegen behauptet z. B. in dem Kapitel von der Wahlschuld durchaus die Theorie mit den eingehenden Ausführungen der Littenschen Monographie und des allgemeineren Langheinekenschen Werkes die erste Stelle. — Erst der dem § 254 an praktischer Bedeutung — und im Jahrbuch an Umfang — kaum etwas nachgebende § 273 bringt wieder ein Thema, das durch Praxis und Literatur in gleichem Maße gefördert erscheint. Grundlegend sind hier insbesondere die Ausführungen Langheinekens, Lotmars und die — schon der vorigen Periode angehörigen, aber noch ergänzten — Goldschmidts. Die Praxis und Rechtslehre in Atem hält die besonders praktisch so brennende Frage des Verhältnisses des § 273 zum § 394. Es finden sich hier auch prinzipiell nicht unerhebliche, sehr tief greifende Gegensätze zum Teil rechtspolitischer Natur zwischen der Praxis der Gewerbegerichte und derjenigen der bürgerlichen; leider hat das RG. noch keine Gelegenheit gefunden, seine Ansicht darzulegen, und angesichts der Geringfügigkeit der Objekte dürfte in absehbarer Zeit eine unmittelbare Entscheidung kaum zu erwarten sein. Vielleicht gibt ihm ein Zusammenhang baldmöglichst die erhoffte Veranlassung. — Bemerkenswert erscheint die „Ruhe nach dem Sturm", die in der so reichhaltig erörterten Unmöglichkeitslehre in der laufenden Berichtsperiode eingetreten ist; dagegen reiht sich den §§ 254 und 273 würdig die Behandlung an, die dem § 276 zuteil geworden ist. Sowohl die Theorie (insbes. Neumann, v. Hippel) als auch die Judikatur haben die wichtigen Materien dieser Vorschrift reich gefördert. Das von Staub in der vorigen Berichtsperiode aufgeworfene Problem der positiven Vertragsverletzungen ist, was schon im Hinblick auf den Erfolg, den seine Ansicht beim RG. gehabt hat, erklärlich erscheint, auch im Jahre 1903 eingehend, namentlich von Kipp und speziell im Hinblick auf den Kauf auch von Dernburg behandelt worden. Eine beträchtliche Judikatur beschäftigt sich mit dem Begriffe der „Fahrlässigkeit" in vielen Einzelfällen. — Die Fragen des § 278 sind mehr Gegenstand von Einzel-Erörterungen und insbesondere -Entscheidungen gewesen. Grundlegendes und Dogmatisches wie in der ersten Berichtsperiode findet sich kaum. Die meisten lehnen eine allzuweite Auslegung ab. Besonders lebhaft wird noch die Frage der Haftung des Rechtsanwalts und Notars für seinen Bureauvorsteher usw. erörtert, ohne daß man bisher zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangt wäre. — Im folgenden bringt dann erst wieder die den ersten Titel abschließende Lehre vom Schuldnerverzuge mit der Arbeit de Claparèdes-Genf eingehende Dogmatik. In diesem Kapitel hat die Theorie durchaus die Vorhand. Ein der früheren Berichtsperiode angehöriger Aufsatz von Krückmann, der im JDR. 1 keine Berücksichtigung gefunden hat, ist nachgetragen worden. — Die Lehre vom Gläubigerverzuge (Zweiter Titel) hat eine eingehende literarische Sonderwürdigung nicht erfahren; die vorgenannten Werke enthalten einige einschlägige Bemerkungen. Auch die Rechtsprechung hat nicht allzuviel Gelegenheit gefunden, sich zu betätigen. Nur wenige wichtige Einzelfälle sind behandelt worden.

Literatur: Burckhardt, Die Revision des schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSchwR. **44** 469 ff. — Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht I. Das rechtswirksame Verhalten. Berlin 1903. — Gmür, Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe im Zivil- und Strafrechte wünschenswert und durchführbar? ZSchwR. **44** 587 ff. — Kisch, Besprechung der Schrift von Titzes Unmöglichkeit, KrVSchr. **44** 506 ff. — Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. Leipzig 1903. — Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrechte

des Deutschen Reiches. Leipzig 1902. — Neumann, Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts. I. Breslau 1903. — Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse. München 1902. — Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnisse nach deutschem Reichsrechte. Leipzig 1903. — Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse. AzivPr. **92** 77 ff.

Zu §§ 241 ff. 1. Eltzbacher I 338—340: Die alte Einteilung der Schuldverhältnisse nach dem Entstehungsgrunde kann auch innerhalb eines auf den Inhalt der Rechte begründeten Rechtssystems beibehalten werden. Der Inhalt der Schuldverhältnisse hängt in solchem Maße von ihrem Entstehungsgrunde ab, daß man sie nach ihrem Inhalte gar nicht besser ordnen kann, als indem man von ihrem Entstehungsgrund ausgeht. Danach haben wir a) Schuldverhältnisse aus Verträgen, b) aus einseitigen Rechtsgeschäften, c) aus nichtrechtsgeschäftlichen erlaubten Tatbeständen, d) aus unerlaubten Tatbeständen.

2. Neumann führt zur Auslegung des BGB. §§ 1—6 aus: Zur Auslegung des BGB. ist die Kenntnis der dasselbe beherrschenden Grundbegriffe und Grundprinzien erforderlich. Die richtigen Definitionen dieser Begriffe (des Besitzes, des Eigentums, der Obligation ꝛc.) und die richtige Formulierung dieser Prinzipien (des Verschuldungsprinzips u. a.) können an der Hand des im BGB. gebotenen Rechtstatsachenmaterials nicht gewonnen werden; m. a. W. die Auslegung des BGB. aus sich selbst ist eine unvollkommene. Die Auslegung des BGB., wie jedes anderen das Zivilrecht, insbesondere das Vermögensrecht, regelnden modernen Gesetzes, muß sich vielmehr auf die Resultate einer Disziplin stützen, die den ganzen historischen Rechtsstoff, auf dem die modernen Zivilgesetzgebungen aufbauen, dogmatisch nach einer allen Anforderungen der allgemeinen Logik entsprechenden Methode verarbeitet. Sollen die Ergebnisse dieser Disziplin zuverlässige sein, so hat sie vor allen Dingen die Verwendung von Fiktionen schlechthin zu vermeiden, bei Begriffsbestimmungen streng an dem Satze Iherings festzuhalten: „Begriffe dulden keine Ausnahmen", und darf sie auch bei der Formulierung von Prinzipien (Rechtsgesetzen) nicht außer acht lassen, daß diese Formulierung, wie die jedes anderen Gesetzes im wissenschaftlichen Sinne, nur dann beim Vorliegen von Ausnahmen als richtig anerkannt werden kann, wenn sich diese Ausnahmen auf andere Gesetze oder ein positives Eingreifen des Gesetzgebers in den Verwirklichungsprozeß des formulierten Gesetzes zurückführen lassen. Die Ausnahmslosigkeit einer allgemeinen Regel ist möglicherweise nur eine scheinbare; hier liegt nur eine zufällige Regelmäßigkeit vor; das die betreffenden Rechtstatsachen beherrschende Gesetz ist dann nicht erkannt. Der Gefahr, bei solchen Scheingesetzen stehen zu bleiben, kann nur dadurch vorgebeugt werden, daß der Versuch gemacht wird, den gefundenen empirischen Gesetzen bzw. dem aus ihnen abgeleiteten allgemeinen Erfahrungsgesetz eine kausale Form zu geben oder das letztere unmittelbar als Kausalgesetz zu formulieren. Über die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Analogie vgl. a. a. O. 69 und 74, 75.

3. Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse, führt aus: Der sog. Vorvertrag gibt nach der herrschenden Meinung auch die Verpflichtung ab, einen materiellen Vertrag einzugehen. Nach Treu und Glauben bedarf er aber keiner Konsenserklärung der Verpflichteten mehr; der Gläubiger kann Erfüllung fordern und braucht nicht erst auf die Rechtskraft des Urteils nach ZPO. § 894 (779) zu warten, um dann erst Erfüllung zu fordern.

Nach Treu und Glauben handelt es sich nicht um die Verpflichtung, zum Vertrage „Ja" zu sagen, sondern es entsteht sofort eine Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft. Diese ist selbst eine Leistung, die u. U. für den Verpflichteten mit großen Opfern verknüpft sein kann.

Jede Leistung und Verpflichtung muß aber auf einem rechtlichen Grunde beruhen (§§ 821, 812). Der rechtliche Grund aber individualisiert den Vertrag. Es gibt also keinen Vorvertrag als Vertrag sui generis. Deshalb spricht man richtiger von einer Vorverpflichtung, die wie jede Verbindlichkeit aus jederlei Rechtsgrund hervorgehen kann.

Die einseitige unentgeltliche Leistungsbereitschaft ist eine Interessenwahrung für den Gläubiger; sie ist nicht Schenkung, weil der Gläubiger dadurch nicht bereichert wird; die einseitige Verpflichtung hat aber die nächste Verwandtschaft mit der Übernahme eines Auftrags. Daher sind namentlich in bezug auf Kündigung die Bestimmungen über den Auftrag analog anzuwenden. Die Leistungsbereitschaft wird auch häufig entgeltlich übernommen, so die Krediteröffnung, für welche die Bankiers Provision fordern, und die auch Beitrag eines Gesellschafters sein kann. In dieses Gebiet gehören auch Abnahmeverträge, die Prämiengeschäfte, die Arrhalverträge. Die Verpflichtung zu abstrakten Verpflichtungen (Wechsel) steht unter anderen Prinzipien.

4. Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Das Thema ist seither wenig behandelt gewesen. Es bestand eine latente Tradition der Juristen: exceptio ex iure tertii non datur, — jedoch mit Ausnahmen; die nähere Bestimmung fehlt (§ 3). In der neueren Zeit ist durch Besonderheiten des BGB. die Frage näher gelegt; besonders durch §§ 556 Abs. 3 und 604 Abs. 4 (§ 1). Die Praxis bietet häufige Fälle, in denen das Problem aufgetaucht ist (§ 2).

Man muß Einrede aus dem Rechte eines Dritten und Einrede aus dem Rechte gegen einen Dritten unterscheiden. Hier nur die erstere; bei ihr ist ein gewisser Zusammenhang zwischen den mehreren Ansprüchen selbstverständlich, und zwar kommt die Zulässigkeit der exceptio ex iure tertii nur in Frage, wenn die zwei Ansprüche (gegen den Beklagten und gegen den Dritten) auf einen und denselben Erfolg für das Vermögen des Gläubigers abzielen. Die genauere Untersuchung ergibt dann: daß bei solchen Ansprüchen, wie den eben erwähnten, eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten überall da rechtlich statthaft ist, wo an die Seite oder an die Stelle einer Verbindlichkeit eine weitere Pflicht helfend oder abgeleitet hinzutritt, derartig, daß die Nebenpflicht in ihrem Bestand und Inhalte von den gleichen Fragen für jene erste Verbindlichkeit abhängig ist (§ 10).

Hiernach kommen zunächst die Fälle der exceptio ex iure tertii bei mehreren Verpflichteten in Frage. Vor allem die Einreden des Bürgen (§§ 11 ff.) und des Fremdbesitzers gegen die Eigentumsklage nach BGB. § 986 1/1 (§ 13). Nur partiell zuzulassen ist die Einrede bei Gesamtschulden (§ 15), — gar nicht bei der Anweisung (§ 16). Näherer Erörterung bedarf der Ausschluß der exceptio ex iure tertii bei sonstigen Ansprüchen und getrennten Rechtsgründen, deren sechs Klassen unterschieden werden können (§ 18). Nur in Parallele zu unserer Frage stehen concursus duarum causarum (§ 19) und die Pflicht, sich etwas anrechnen zu lassen (§ 20).

Als exceptio ex iure tertii bei nur einem Verpflichteten kommt die mögliche Einrede gegen die Forderung bei der Hypotheken- und Pfandklage in Betracht (§ 21). Eine besondere Ausgestaltung erhält das bei der exceptio non numeratae pecuniae, welche bei dem Auseinanderfallen von persönlichem Schuldner und Eigentümer der Pfandsache von denjenigen Juristen hierher gestellt werden muß, welche in dem Darlehn des heutigen Rechtes einen gegenseitigen Konsensualkontrakt erblicken (§ 22). Eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten kann sodann bei der Sondernachfolge vorkommen (§ 23), und zwar nach heutigem Rechte vor allem bei der Übernahme fremder Schulden (BGB. § 417), nach römischem Rechte

besonders in dem Falle, daß jemand von dem redlichen Besitzer einer Erbschaft gutgläubig eine Nachlaßsache kaufte und nun von dem wahren Erben auf Herausgabe belangt wurde (exceptio ne praeiudicium fiat hereditati). Verschieden davon sind die Rechte mit wechselndem Inhaber zu behandeln (§ 24), sowie der Rechtsübergang, der sich nach BGB. § 999 vollzieht, und den man (im Sinne des dortigen Abs. 1) auch kurz dahin wiedergeben kann: Der Ersatzanspruch wegen Verwendungen geht im Zweifel auf den in einer Rechtsnachfolge eintretenden Erwerber des Besitzes über (§ 25).

5. Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit (zwölf Studien VI), AbürgR. **22** 1 ff. bemerkt nach einem geschichtlichen Überblick über die Entwickelung des Vermögensbegriffs (5): Die Beziehung der Vermögensgegenstände zur Vermögenseinheit hat folgende Wirkungen:

a) das Verwaltungsrecht ist mehr oder minder mit einem Verfügungsrechte verbunden;
b) es gilt das Prinzip des Ersatzrechts (Subrogation);
c) auf dem Vermögen haften die Schulden des Vermögens, sie haften darauf in erster Reihe;
d) die Verwendungen kommen als Vermögensverwendungen, nicht bloß als Sachverwendungen in Betracht.

6. Über die gegenständliche wie zeitliche Leistungspflicht bei in unbestimmten Ausdrücken eingegangenen Schuldverhältnissen, de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 55 ff., 60 ff., sowie unten zu § 315.

7. Affolter, BuschsZ. **31** 466/468 und System des deutschen Übergangsrechts 154: Das BGB. behandelt die geldwerten Ansprüche, [seien sie obligatorischer, dinglicher oder sonstiger Natur], nach drei Richtungen hin gleich: In bezug auf die Verjährung im § 194, Übertragung im § 413 und Verzug des Verpflichteten im § 990 Abs. 2. Aus dieser Gleichstellung der geldwerten Ansprüche in drei so wichtigen Beziehungen durch den Gesetzgeber kann der Schluß gezogen werden, daß die [obligatorischen, dinglichen und sonstigen] Wertansprüche wesensgleich sind. Nur in Verbindung mit dem objektiven Rechtsverhältnisse läßt sich zwischen den obligatorischen Ansprüchen einerseits und den dinglichen [und sonstigen] Wertansprüchen ein Unterschied feststellen, der aber auf dem Gebiete des Zivilprozesses liegt. Die gerichtliche Geltendmachung des dinglichen [und sonstigen] Wertanspruches führt nämlich mit Vernunftnotwendigkeit auch die gerichtliche Feststellung des objektiven Rechtsverhältnisses herbei. Bei der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs liegt eine Vernunftnotwendigkeit für die Feststellung des objektiven Rechtsverhältnisses nicht vor.

8. Gmür erörtert die Frage, inwieweit die Übereinstimmung der wichtigsten Grundbegriffe, die zum mindesten im Zivilrechte dem allgemeinen Teile angehören und juristisch-technisch verwendbar sein müssen, im Zivil- und Strafrechte wünschenswert und durchführbar sei. Wo dies der Fall ist, läßt sich zwar zur Zeit noch nicht die Vergleichung dadurch erzielen, daß man einen Begriff aus der allgemeinen Rechtslehre herholt, wohl aber vielleicht durch Vergleichung zugunsten der besseren Fassung oder aber durch Unterordnung unter die Anschauung des in bezug auf das betreffende Rechtsverhältnis prävalierenden Gebiets erreichen. Hierbei sind folgende Gesichtspunkte zu beachten:

a) Aus dem Gegensatze des Strafrechts als öffentlichen Rechtes zum Zivilrecht als Privatrecht und aus der Tatsache, daß sich das Privatrecht mit den Rechtsgeschäften als solchen, sowie weiteren juristischen Tatsachen, wie auch mit den Rechtsverletzungen und ihren Folgen, das Strafrecht dagegen nur mit den letzteren beschäftigt, ergibt sich als gemeinsames Gebiet, daß unter dasselbe nur diejenigen Rechtssätze zivilistischen und strafrechtlichen Charakters fallen, welche private

Interessen vor Verletzung schützen. In beiden Fällen stehen die Rechtsfolgen der Rechtsverletzungen, des Unrechts in Frage.

Die Rechtsverletzung kann eine außerkontraktliche und eine im Kontraktverhältnis sein. Abgesehen von einer Gruppe, wo zwar subjektives Unrecht und Rechtsverletzungen privatrechtlicher Norm, allein kein Schaden und so auch kein privatrechtliches Delikt vorliegen, und der Gruppe der sogenannten Gefährdungsdelikte, ist der Begriff des Delikts auf beiden Gebieten derselbe, nämlich die schuldhafte und rechtswidrige Verletzung fremder Interessen (594).

b) Weiter ergeben sich Verschiedenheiten nicht etwa durch die Verschiedenheit der verletzten Normen oder des Zweckes und auch nicht durch die der Verletzung, des Unrechts, so daß etwa alles vorsätzliche Unrecht dem Strafrechte, das fahrlässige bloß dem Zivilrechte zuzuweisen wäre. — Dagegen ist zu unterscheiden je nach dem Erfolge zwischen Rechtsverletzungen, die ihrer Natur nach eine dem Verletzten direkt zugunsten kommende, materielle Ausgleichung des widerrechtlichen Zustandes zulassen, die reparabel sind, und irreparablen, indem der in ihnen liegende Angriff nur eine ideelle Vergütung zuläßt. Wann die Reparation nicht genügt und neben ihr eine strafrechtliche Reaktion erforderlich erscheint, kann absolut nicht bestimmt werden. Die Strafe wird nur dann eintreten, wenn durch die Rechtsverletzung das öffentliche Interesse in verstärktem Maße und unmittelbar mitverletzt erscheint, so daß eine ideelle Ausgleichung sich als nötig aufdrängt, daher die Reparation nicht möglich ist. — Hier gehen beide Gebiete also definitiv auseinander; eine allgemeine Regel, welche für alle Fälle maßgebend bestimmt, wo bloß zivilrechtliche, wo auch strafrechtliche Folgen eintreten müssen, gibt es nicht. Die Grenze wird lediglich nach Ermessen des Staates durch positive Bestimmungen gezogen (596).

c) Das gemeinsame Gebiet bedarf insofern einer Erweiterung, als in den Zivilgesetzbüchern sich Rechtssätze betreffend den Personenstand, die Monogamie, die Vormundschaftsorganisation, das Grundbuch ꝛc. finden und die Verletzung dieser Rechtsgüter auch öffentlich-rechtliche, speziell strafrechtliche Folgen nach sich zieht (597).

d) Natürlich aber spielt das Strafrecht hier gegenüber dem Zivilrechte nur eine sekundäre Rolle und hat akzessorischen Charakter, und im allgemeinen tritt mit dem Wachsen und Erstarken der Rechtsordnung die Strafe zurück (597).

Vgl. ferner unten das allgemeine Kapitel (zu §§ 249 ff.) zum Schadensersatzrechte.

§ 241. 1. **RG. 53** 297, SächsA. **13** 355, JW. **03** Beil. 42: Für die Verträge ist im § 241 die Regel zum Ausdrucke gelangt, daß die Parteien ihre rechtlichen Beziehungen ordnen können, wie sie es für dienlich halten, und daß Verträge, was ihren Inhalt anlangt, gültig sind, die nicht gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen.

2. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag 93 ff.: Die Frage des Obligationsinteresses besitzt für das Gebiet der auftraglosen Geschäftsführung bei weitem nicht dieselbe praktische Bedeutung wie für das Gebiet der Verträge. Der Grund liegt darin, daß die Hauptschwierigkeiten des Problems dadurch erzeugt werden, daß es tatsächlich den Menschen möglich ist, einander so mannigfache und vielgestaltige Leistungen zu versprechen, daß die Rechtsordnung notwendigerweise von sich aus ihrer zwangsweisen Verwirklichung Grenzen setzen muß. Das Spezifische des Problems ist nicht, daß es dem Obligationenrechte, sondern daß es dem Vertragsrecht angehört. Deshalb entfällt der erheblichste Teil der Schwierigkeiten, wo — wie bei der negotiorum gestio — von einem vertragsmäßigen Ineinandergreifen zweier Willensmeinungen keine Rede ist. Doch lassen sich auch innerhalb ihres Gebiets problematische Fälle denken. Z. B.,

es übernimmt jemand in der Absicht, seinem kranken Freunde Heilung zu bringen, eine Wallfahrt. Es schickt ein Freund für einen anderen schüchternen Liebhaber, dessen Neigung zu einer Dame ihm bekannt ist, dieser Aufmerksamkeiten, um die Liebenden zusammenzuführen. Es fragt sich, ob die Übernahme solcher „Geschäfte" überhaupt erst auf ihre Gültigkeit geprüft werden soll. Gegen Hellwig, AzivPr. **86** 223 ff. formuliert er in Anlehnung an Kohlers Ausführungen, AbürgR. **12** 1 ff. das Prinzip dahin: dem Verpflichtungswillen hat sich die Rechtsordnung überall da zu versagen, wo der Rechtszwang mit unseren sittlichen Empfindungen unverträglich ist. Die Sitte, nicht die Sittlichkeit ist darunter zu verstehen. Die betreffende Leistung ist in Beziehung zu setzen zu den den Kreis, dem sie entstammt, beherrschenden Anschauungen und zu prüfen, ob ihre rechtliche Erzwingbarkeit mit ihnen in Einklang zu bringen ist (17).

Siehe ferner über die Frage des Obligationsinteresses IDR. **1** zu § 241 Note 1. —

3. Langheineken (über den Begriff des Anspruchs s. o. zu § 194 Note 3) 23 ff. über die Beziehungen des Anspruchs zu dem betreffenden Rechtsverhältnisse, dem subjektiven Rechte. Er betont (25): es ist nicht berechtigt, den Anspruch überhaupt (also mit Einschluß des absoluten Anspruchs) mit dem Forderungsrechte gleichzustellen. Aus § 241 Satz 1 kann man nur folgern: wo Schuldverhältnis, da Anspruch, nicht umgekehrt.

4. Siber bemerkt: Unvollkommene Rechtsverbindlichkeiten (Naturalobligationen) kennt das BGB. nicht (48 ff., 66 ff., 231 ff., 242 ff.).

Zum Schuldverhältnisse gehört nicht Beziehung zum geldwerten Vermögen (92 ff.).

Dingliche Ansprüche sind Schuldverhältnisse und von obligatorischen nicht dem Inhalte, sondern nur dem Ursprunge nach verschieden. Dinglich sind nur die Vindikationsansprüche auf Herausgabe, z. B. § 985, und die negatorischen auf Beseitigung von Beeinträchtigungen, z. B. § 1004 Satz 1; dingliche Unterlassungsansprüche gibt es nicht, vgl. § 194 Satz 1; die Ansprüche auf Leistung aus einem Grundstücke sind obligatorisch, vgl. § 1147 (94 ff., 139).

5. Der Unterlassungsanspruch (Grundlegung).

Wendt — s. auch IDR. **1** zu §§ 241, 198 — nimmt, der Auffassung Ubbelohdes entgegentretend, an: in obligatione ist überall die Unterlassung als solche. In zahlreichen Fällen wird mit der Klage noch die Unterlassung begehrt. Das ist auch von der ZPO. bei der Zwangsvollstreckung anerkannt. Hiervon gibt es Ausnahmefälle: beim pactum de non licitando; eine nachträgliche Klage auf Erfüllung scheitert an der Unmöglichkeit, jetzt noch zu erfüllen. Auch bei positiven Leistungen kann es so kommen, daß Erfüllung nur in bestimmtem Zeitpunkte möglich ist; und auch die Vertragswillkür kann derartiges schaffen: bei den sog. Fixgeschäften, hier ist die Leistungszeit zu einer Eigenschaft der Leistung erhoben. — Wo jedoch die Unterlassung selbst zur Pflicht gemacht ist, liegt ein unbedingter Vertrag vor; der Erfüllungsanspruch geht auf die Unterlassung als solche.

Den Klaggrund bildet bei den persönlichen Ansprüchen die Tatsache, welche das Schuldverhältnis begründet hat. Doch muß der Schuldner, um verklagt werden zu können, durch sein bisheriges Verhalten dazu Anlaß gegeben haben. Das liegt im Zwecke der Klage, die darauf gerichtet ist, für die Zukunft ein pflichtmäßiges Verhalten des Schuldners herbeizuführen. Negatorische und prohibitorische Klagen sind von jeher so behandelt worden; das gleiche ist bei den ausdrücklich im BGB. anerkannten Ansprüchen der Fall: §§ 550, 1053, 1217,

— 577, 1034, 1004 (1027, 1090, — 1065, 1227, — 1011, 1017 Abs. 2), ferner § 12 BGB. und HGB. § 37. —

Die Verurteilung muß auf die Unterlassung als solche lauten; der Beklagte sei schuldig, weitere Beeinträchtigung zu unterlassen oder sich derselben zu enthalten. Sachlich ist das einem Verbote völlig gleich; es braucht zwischen dem Gebote des Unterlassens und dem Verbote der Zuwiderhandlung kein Unterschied gemacht zu werden (83).

Für diejenigen Fälle, wo es sich lediglich um eine einmalige Unterlassung bei bestimmten Vorgängen und Gelegenheiten dreht, wo also, wenn es zur Zuwiderhandlung schon gekommen ist, der Obligationsinhalt auch schon ganz erschöpft ist und Erfüllung für die Zukunft überhaupt nicht mehr begehrt werden kann, wird der § 259 ZPO. von größter Bedeutung (85).

Was die Beweislast anlangt (80 ff.), so hat der Kläger nicht bloß das Dasein der Unterlassungspflicht, sondern auch die Zuwiderhandlung des Schuldners zu behaupten und zu beweisen. Bei den obigen besonderen Klagen des BGB. sind diese auch von Voraussetzungen abhängig, wie Besorgnis weiterer Beeinträchtigung, Fortsetzung des Gebrauchs trotz Abmahnung usw., — wie aber bei den eigentlichen Unterlassungsverträgen? Die Lösung ist aus der praktischen Sach- und Rechtslage auf Grund des § 198 zu gewinnen: ein Unterlassungsgläubiger schreitet nicht eher zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs (abgesehen von der Feststellungsklage), als bis der Beklagte durch sein Verhalten zur Klage Anlaß gegeben hat. Insofern läßt sich Anspruch und Klagrecht scheiden; insofern gehört auch die Zuwiderhandlung zu den klagebegründenden Tatsachen, wenn sie auch keineswegs erst den Anspruch ins Leben ruft. Das Vorbild sind die obigen gesetzlichen Bestimmungen. Zweckmäßigkeits- und bona fides-Erwägungen leiten hierbei (92). Vgl. auch §§ 339, 345, 358. —

Auch hier bestätigt sich, daß die Regeln des Obligationenrechts prinzipiell auf positive Leistungen berechnet sind und nicht ohne weiteres eine unveränderte Übertragung auf Unterlassungspflichten gestatten (93).

6. Der Unterlassungsanspruch (Einzelheiten).

a) Bei absoluten Rechten.

Nach Mannhardt, Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten, DJZ. **03** 417 fällt die Klage auf Unterlassung aus einem obligatorischen (Schuld-) Verhältnis unter § 259 ZPO.; dies ergibt § 241, wo die Unterlassung unter dem Begriffe der „Leistung" subsumiert ist; § 259 ZPO. hat bei dem Ausdrucke „Leistung" offenbar den Sprachgebrauch des BGB. im Auge, allerdings nur § 241, also nur die Schuldverhältnisse, nicht auch die Ansprüche aus absoluten Rechten. Gleichwohl ist die Unterlassungsklage im Wege der Analogie zuzulassen.

b) Unmöglichkeit.

Nach Kisch ist bei Verpflichtungen zur Unterlassung eine Unmöglichkeit in den beiden Fällen denkbar, daß der Schuldner zur Bewirkung der an sich untersagten Handlung entweder faktisch gezwungen oder durch absolut bindende Rechtsvorschriften angehalten wird.

Die Argumente Titzes (Unmöglichkeit 14 Anm. 28), daß vielfach dem Schuldner die Unterlassung billigerweise nicht zugemutet werden könne, und daß jede Zuwiderhandlung, da sie nicht mehr rückgängig gemacht werden könne, eine Unmöglichkeit der Unterlassung herbeiführe, hält er nicht für durchschlagend. Näheres 511.

Bezüglich Wendts Auffassung s. Kisch a. a. O. 511 Anm. 1.

c) Vergütung durch Unterlassung.

Lotmar 156: Während die Leistung des Arbeitnehmers als Arbeit stets eine positive Handlung ist, etwas Aktives, kann die Vergütung auch etwas Passives sein. Satz 2 trifft im Arbeitsvertrage zu nur für die Leistung des Arbeitgebers, nicht auch für die des Arbeitnehmers. Solche Vergütung durch Unterlassung, die auch vereinbart werden kann, kann z. B. bestehen in Nichterhebung einer ihm gegen den Arbeitnehmer zustehenden Schadensersatzklage, Nichteinforderung eines dem Arbeitnehmer gegebenen Darlehens oder darin, daß er sich der Ausübung einer in seinem Grundeigentum enthaltenen Befugnis zugunsten des Arbeitnehmers enthält.

7. Der Unterlassungsanspruch. Aus der Rechtsprechung.

a) LG. I Berlin, KGBl. **14** 19: Die Verpflichtung, einen Strafantrag nicht zu stellen, begründet gemäß § 241 Satz 2 ein Schuldverhältnis — auch zwischen Ehegatten. Das Antragsrecht ist vorwiegend privatrechtlicher Natur, ebenso das Verfügungsrecht über dieses Antragsrecht; damit steht nicht im Widerspruche, daß ein wegen Ehebruchs gestellter Strafantrag nicht mehr zurückgenommen werden kann. Sobald der Strafantrag gestellt worden ist, tritt der staatliche Strafanspruch in Kraft. Aus dem § 420 ZPO. muß analog gefolgert werden, daß das Antragsrecht überhaupt Gegenstand einer Vereinbarung zwischen Parteien sein kann. Wird demnach solch ein Vertrag gebrochen, so ist der Schaden gemäß §§ 251, 252 zu ersetzen. Vgl. auch JDR. **1** Note 3 zu § 138 und oben zu § 138 Note 6e.

b) **RG. 51** 312, JW. **02** Beil. 239, Seuff. A. **58** 114 ff. — s. JDR. **1** zu § 269 Note 1 a. E. u. unten zu § 269 — führt aus: Die Verpflichtung zur Unterlassung wird dadurch erfüllt, daß der Verpflichtete die betr. Handlung nicht vornimmt, sich demnach in Beziehung hierauf untätig verhält. Dieses untätige Verhalten beruht auf einem Willensentschlusse, welchen der Verpflichtete, wenn man die Vertragstreue unterstellt, gleichzeitig mit der Übernahme der Verpflichtung gefaßt haben muß. Hiermit ist der die Erfüllung des Vertrags enthaltende Zustand geschaffen. Etwas Weiteres ist zur Erfüllung der Unterlassungspflicht nicht erforderlich.

§ 242. 1. Prinzip.

OLG. Marienwerder, SeuffA. **58** 404: Gemäß § 894 war eine Anerkenntnisurkunde zwecks Berichtigung des Grundbuchs ausgestellt worden. Sie war verloren gegangen. Der Verlierer verlangte Ausstellung einer neuen Urkunde auf seine Kosten. Das LG. hatte die Klage abgewiesen. Das OLG. hob das Urteil auf und führte aus: Im allgemeinen kann ein Schuldner, der die ihm obliegende Leistung bewirkt hat, nicht angehalten werden, sie noch einmal zu bewirken. Das Schuldverhältnis geht infolge der Pflichterfüllung unter; dies gilt sowohl von Verpflichtungen, die auf Vertrag, als auch von solchen, die auf Gesetz beruhen. Insbesondere gilt dies auch von der Verpflichtung aus § 894, zur Berichtigung des Grundbuchs mitzuwirken. Allein dadurch, daß die vom Verpflichteten gemäß § 894 ausgestellte Anerkenntnisurkunde verloren gegangen ist, ohne daß die Berichtigung des Grundbuchs bewirkt worden war, hat die Sachlage wiederum dieselbe Gestalt angenommen, wie sie vor Ausstellung der Urkunde hatte. Das Grundbuch bedarf nach wie vor der Berichtigung. Das Gesetz gewährt das Recht aus § 894 unabhängig von einem Verschulden. Wäre nun der Beeinträchtigte lediglich auf den guten Willen des anderen Teiles angewiesen, so wäre er im vorliegenden Falle geradezu rechtlos gestellt Diese Folge verträgt sich nicht mit dem Grundsatze, daß die Gesetze demjenigen, dem sie ein Recht geben, auch die Mittel bewilligen, ohne welche das Recht nicht ausgeübt werden kann. Das ALR. § 89 Einl. sprach diesen Grundsatz aus-

drücklich aus. Seine Geltung muß aber auch für das heutige Recht behauptet werden (Dernburg, Bürg. Recht I § 43 [109]). Zu der vom Gesetze gestatteten Ausübung eines Rechtes gehört auch der Gebrauch der dazu erforderlichen Mittel (Crome, System I § 121 [530]). Der Grundsatz entspricht so sehr der Natur der Sache, daß seine Geltung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anerkennung angenommen werden muß.

2. **Begriff.** S. IDR. **1** zu § 242 Note 1.

a) **Schneider**, DIZ. **03** 232 ff. gibt einen Bericht über sein Buch „Treu und Glauben" und formuliert folgende Leitsätze: Der § 157 fordert eine **verständige** Auslegung des durch Rechtsgeschäft (oder Gesetz) gesetzten Rechtes. Er sorgt **daneben** dafür, daß die Worte dieses gesetzten Rechtes nicht als weiterwirkend anerkannt werden, als ihnen nach Treu und Glauben zukommt. Eine wirklich noch aus den Worten erkennbare **Verfügung** des Beteiligten (und des Gesetzes) berührt er aber **nicht**. In jenem Falle eröffnet er alsdann, soweit noch nötig, dem Richter das Gebiet der freien Rechtshinderung auch da, wo es durch solche **Worte** versperrt schien.

Der § 242 fordert nicht nur **volle Vertragstreue** nach dem **gesetzten Rechte**, sondern schreibt für die Ausführung der Schuldrechtsverbindlichkeit, soweit das **gesetzte Recht Pflichten und Rechte nicht selbst bestimmt**, durch das Gebot von Treu und Glauben eine nötigenfalls vom Richter nach unparteiisch sorgsamer Prüfung der beiderseitigen Rechtsinteressen festzustellende **Mittellinie** vor, unter Hinweis auf die jedesmal zu berücksichtigende, etwa einschlagende Verkehrssitte. S. auch oben zu § 157 Noten 1 u. 2.

b) **Kritik der Schneiderschen Anschauungen.**

α. **Steinbach**, IWBl. **15** 25 ff. knüpft an **Schneiders** Werk folgende Ausführungen an: Der Richter muß sich, sobald sich ihm eine Lücke zeigt, einerseits darüber klar werden, welchen Zweck der Gesetzgeber verfolgte und auf welche Tatbestände er das Gesetz angewendet wissen wollte, und andererseits, ob der vorliegende Tatbestand mit dem von ihm ins Auge gefaßten übereinstimme oder ob mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles, auf die geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse usw. eine Lücke des positiven Gesetzes als vorhanden zu konstatieren und auf dieser Grundlage zur Entscheidung des Falles zu schreiten sei. Ausgangspunkt ist nun sicherlich das „soziale Ideal" **Stammlers** (Richtiges Recht 196, Schuldverhältnisse 43 ff.) Die Überzeugung von der Lückenhaftigkeit drängt sich auf, sobald die Anwendung der gesetzlichen Norm im speziellen Falle zu Resultaten führen würde, welche dem sozialen Ideale widersprechen. Im Interesse der Rechtssicherheit befehlen die §§ 157, 242 dem einzelnen Richter Berücksichtigung der Verkehrssitte an; womit eine Beschränkung beabsichtigt war. —

Im folgenden stimmt er dem **Schneiderschen** Grundgedanken zu und weist nach, daß er der Natur der Sache entspricht und von den zur Anwendung berufenen Richtern seit jeher geübt wird. Er spricht von dem Wechsel der Anschauungen unter dem Einfluß umgestaltender Verhältnisse und faßt sich dahin zusammen (30): Sind nach der Ansicht des Richters die tatsächlichen Verhältnisse des ihm vorliegenden Falles nicht derart, daß er als durch das Gesetz ausdrücklich entschieden angesehen werden kann, so hat er den Streit so zu entscheiden, wie ihn der Gesetzgeber der Gegenwart — d. h. der Zeit, in welcher der Streitfall zur Entscheidung gelangt, — entschieden hätte. Hierbei hat er unter eingehender Bedachtnahme auf die tatsächlichen Umstände des speziellen Falles zwischen den einander gegenüberstehenden subjektiven Interessen den objektiven gerechten Ausgleich zu suchen, dabei in erster Linie geleitet von dem sozialen Ideale seiner Zeit, für dessen Erkenntnis ihm als vorzugsweise Quelle die Verkehrssitte auf dem in Frage kommenden Rechtsgebiete zu dienen hat.

β. Regelsberger, KrVSchr. **44** 429 ff. stimmt Schneiders Betrachtungen zu, hält dagegen an der Befürwortung der exceptio doli generalis fest. Damit wird ein Einbruch in das Bereich des Rechtes von dem außerhalb liegenden Gebiete des Sittlichen, des Billigen oder gar der Zweckmäßigkeit nicht verübt. Mittelst der Abwehr sollen nur die rechtlichen Grenzen zur Geltung gebracht werden, die einem Gesetz oder einer Parteiabrede gezogen sind. Es soll nur eine Entscheidung verhütet werden, die vom Rechte nicht gedeckt ist (433). Des weiteren ist die exceptio d. g. eine Handhabe, um den Auswüchsen des fortschreitenden Terrorismus der Privatautonomie entgegenzutreten (434). S. auch unten zu 3 a.

γ. André, Gruchots Beitr. **47** 448 ff. knüpft an Schneiders Buch über „Treu und Glauben" ebenfalls kritische Bemerkungen. Nach ihm hat der § 157 ausschließlich mit Treu und Glauben als Auslegungsmittel zu tun, wobei das Gesetz von der Annahme ausgeht, daß die Beteiligten das gewollt haben würden, was mit Treu und Glauben bestehen kann, — einer Annahme, die schon ihrem Inhalte nach da nicht Platz greifen kann, wo ein abweichender Wille der Parteien sich aus den Worten oder mit Hilfe anderer Auslegungsmittel deutlich ergibt. Durch die berichtigende (ausdehnende oder einschränkende) Auslegung der Verträge Schneiders wird die Anwendung des Auslegungsmittels gegen den Wortlaut des § 157 allzusehr beschränkt. Die Rücksicht auf Treu und Glauben kann ebensowohl gegen eine von der einen oder anderen Seite versuchte ausdehnende oder einschränkende Auslegung, wie für eine solche angerufen werden. Weiter leuchtet der Unterschied zwischen der ausdehnenden und einschränkenden Auslegung nicht ein (Näheres a. a. O.). — Hinsichtlich der Frage, was unter „Treu und Glauben" als Entscheidungsnorm zu verstehen sei, ist Schneider glücklicher in der Abwehr unrichtiger Vorstellungen als in demjenigen, was er an deren Stelle setzen will. Wie der Richter durch die bloße unparteiische Erwägung und Abwägung der Interessen zu der „Mittellinie" gelangen könnte, von der aus er entscheidet, bleibt unklar. Was Treu und Glauben eigentlich sei, erhellt daraus nicht. Die Gesinnung des billig denkenden Mannes, des reellen, soliden Geschäftsmanns wird doch wohl mitzusprechen haben, um so mehr, als der § 242 sich nicht an den Richter, sondern an die Parteien wendet.

3. Dogmatisches.

a) Langheineken 324 ff. führt gegenüber der Anschauung von Enneccerus, Eck, Hachenburg u. a., die aus § 242 auf das Vorhandensein einer besonderen exceptio doli als einer wirklichen Einrede schließen, aus: Soweit die Bewirkung oder die Beanspruchung der Leistung gegen Treu und Glauben verstößt, ist eine Verpflichtung und ein Anspruch nach § 242 ausgeschlossen. Dann ist also ein Einwand gegeben und daher die Annahme einer Einrede weder notwendig noch angängig. In sonstigen Fällen, wo das Bedürfnis nach einem Rechtsbehelfe zum Schutze des Schuldners unzweifelhaft besteht, wird es auch nicht nötig sein, auf die bedenkliche generelle exceptio doli zu greifen. 325 ff. über bedenkliche Anwendungen auf die Fälle der §§ 119, 121, 409, 774, 796, ZPO. § 727 Abs. 1. S. auch oben Note 2 b unter β.

b) Binder, Goldschmidts Z. **52** 600 ff. wendet sich in seiner Besprechung der Schriften von Titze und Kleineidam über die „Unmöglichkeit" gegen Titzes Versuch, seinen Unmöglichkeitsbegriff aus § 242 abzuleiten; weder Treu und Glauben noch die Verkehrssitte schützen den Schuldner davor, die Leistung unter unverhältnismäßigen Opfern erbringen zu müssen. Die Unmöglichkeit ist immer nach ius strictum zu beurteilen. Doch ist § 242 nicht bedeutungslos. Wird die Leistung unmöglich, so ist der Schuldner von Rechts wegen frei. Aber

wenn keine Unmöglichkeit, nicht einmal ein Unvermögen vorliegt, so kann das Verlangen der Leistung gegen Treu und Glauben verstoßen, und hier hat das billige Ermessen des Richters ein weites Feld. Aber man darf nie sagen, daß das Verlangen der Leistung gegen Treu und Glauben sei, wenn der Schuldner mit der Möglichkeit rechnen mußte, andere als die zur Zeit voraussehbaren Opfer zur Ermöglichung der Leistung bringen zu müssen, wie dies z. B. beim kaufmännischen Lieferungsgeschäfte der Fall ist.

c) Lotmar 374: Der Ausdruck „so bewirken" umfaßt auch die Zeit der Leistung. Ebenso 475. Vgl. im übrigen unten zu § 320 Abs. 2.

Über das Verhältnis des § 242 zu § 618 s. a. a. O. 240 und unten zu § 618.

4. Einzelne Anwendungsfälle aus der Literatur und Rechtsprechung.

a) Liebmann, DJZ. **03** 26: Bei Gasthöfen höheren Ranges läßt sich ein stillschweigender Vertrag zwischen Gast und Gastwirt annehmen, nach welchem der Gast sich für den Fall seines Todes zum Ersatze für diejenigen Vorkehrungen verpflichtet, welche für den Fall des Ablebens einer Person im Privathause getroffen werden. — Dem Gastwirt ist auch der Ersatz für die während der Zeit der Neuherrichtung unterbleibende Benutzung des Zimmers zuzubilligen.

Für ein „Sanatorium" dürfte zur Begründung des Ersatzanspruchs ein besonderes Verschulden des Gastes notwendig sein.

b) BraunschZ. **50** 133 (OLG. Braunschweig): Bringt ein Gläubiger seine Vertragsrechte strikte zur Geltung, ohne einen mit diesen Rechten in keinem Zusammenhange stehenden, rein kasuellen Vorteil in Anrechnung zu bringen, so trifft ihn der Vorwurf dolosen Handelns nicht. (Ein Hypothekengläubiger hatte bei der Zwangsversteigerung einen Ausfall erlitten; das Verlangen des Bürgen, daß von diesem Ausfalle der vom Kläger beim Weiterverkauf erzielte Mehrerlös abzusetzen sei, ist als unbegründet bezeichnet worden.) S. auch unten zu § 767. —

WürttJ. **15** 20 (OLG. Stuttgart): Unter Umständen ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ein (Hypotheken-)Gläubiger verpflichtet, von der bevorstehenden Zwangsversteigerung des ihm als Unterpfand haftenden Grundstücks den Bürgen in Kenntnis zu setzen. Der Gläubiger darf (**RG.** 8 267) weder absichtlich noch grobfahrlässig dem Bürgen die Möglichkeit vereiteln, sich, wenn er seiner Pflicht gegen den Gläubiger genügt, aus dem Vermögen des Hauptschuldners Ersatz zu schaffen. S. auch unten zu § 767.

c) **RG. 53** 74, JW. **03** Beil. 75: § 433 unterliegt auch dem § 242. Der Käufer kann die Abnahme des gekauften Grundstücks wegen unerheblicher, für ihn interesseloser Größendifferenz nicht verweigern. Er kann nur verlangen, daß er zur Abnahme nicht anders als gegen eine angemessene Ermäßigung des Kaufpreises für verpflichtet erachtet werde.

d) **RG.** JW. **03** 83 Nr. 35: Eine Rechtspflicht des Verkäufers zur Offenbarung des wahren Sachverhalts im Falle des Verkaufs gestohlener Sachen besteht im allgemeinen nicht. (Entschieden zu § 263 RStGB.) Ähnlich das Urteil **RG.** Nr. 36 ebenda.

e) **RG. 53** 420, JW. **03** Beil. 53: Die Einrede der Arglist ist begründet, wenn der unter der Form der Zession materiell nur zur Einziehung der Forderung für den Zedenten ermächtigte Zessionar seine formelle Legitimation gegen den Willen des Zedenten zum Nachteile des Schuldners geltend macht. Durch den § 409 wird dem Schuldner diese Einrede nicht abgeschnitten. —

§ 243. 1. Martin Sohm, Der Selbsthilfeverkauf nach BGB. und HGB., Goldschmidts Z. 53 90: Bei Gattungsschulden bildet nicht die Gattung als solche, sondern die nach Maßgabe der Leistungspflicht des Schuldners ihr ent-

nommene Einzelsache den Gegenstand der Leistung und demgemäß auch des Selbsthilfeverkaufs. Doch vollzieht sich mit der Versteigerung einer der Gattung entnommenen vertragsmäßigen Einzelsache nicht die „Ausscheidung" mit der Wirkung, daß nunmehr auch der Schuldner eine andere Sache nicht mehr anbieten oder leisten dürfe. Vielmehr bewirkt der Selbsthilfeverkauf eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die bestimmte verkaufte Sache nur zugunsten des Schuldners (Gefahrübergang), es sei denn, daß der Gläubiger im einzelnen Falle ein besonderes Interesse am Erhalten jener speziellen Sache hatte (§§ 226, 242).

2. Über die Frage, ob der Schuldner später auch statt der betreffenden, aus der Gattung erkennbar ausgeschiedenen „Sache" eine andere gleichwertige ausscheiden und dem Gläubiger leisten darf, vgl. JDR. **1** zu § 243 Note 4.

Gegen Schneider bemerkt André, Gruchots Beitr. **47** 451, daß eine Auslegung nach Treu und Glauben zu Hilfe genommen werden müsse, welche überall da gestattet sei, wo sie nicht, wie bei den Formvorschriften, der Absicht des Gesetzgebers widerspreche, die hier aber freilich die Worte des Gesetzes in einer fast gewaltsam zu nennenden Weise beschränke.

3. OLG. Breslau, R. **03** 359 Nr. 1949: Die Bestimmung der Gattung kann insonderheit durch Abstammungsgrenzen beschränkt sein. Wird die gesamte Erzeugung Vertragsgegenstand, so liegt keine Gattungsschuld vor; namentlich macht der Zusatz einer Zahl, eines Maßes oder eines Gewichts die Leistung nicht zur Gattungsschuld.

4. Siber 47 Anm. 4: Konkretisierung tritt auch zum Nachteile des Schuldners ein (Satz 2).

§ 245. **RG.** JW. **03** 32: Nach heutigen Begriffen fallen Banknoten und Kassenscheine unter den Begriff des baren Geldes.

§ 246. 1. Hellmann, KrVSchr. **44** 118 hält mit Cosack gegen Dernburg die Zinsverbindlichkeit für keine selbständige Verbindlichkeit; dem Gläubiger ist nicht das Recht versagt, die Zahlung der Zinsen ohne Zahlung des Kapitals zurückzuweisen.

2. KGJ. **25** A 14 (KG.): Die Kapitalisierung des Ertrags bei Taxen von Grundstücken richtet sich in Preußen nicht nach dem gesetzlichen Zinsfuße von 4 pCt. Die örtlichen Verhältnisse sind für die Bestimmung des Zinssatzes maßgebend.

3. Über § 246 in Verbindung mit Artt. 1378, 1153 code civil **RG. 54** 322.

Zu §§ 249 ff. Allgemeines zum Schadensersatzrechte.

I. Haftungsprinzipien.

1. Neumann führt über das Verschuldungsprinzip aus: Alle Normen des Vermögensrechts lassen sich nach den Zwecken des Vermögensrechts in Schutznormen und Förderungsnormen einteilen. Alle Schutznormen lassen sich auf ein höchstes Prinzip (Kausalgesetz; vgl. oben das Allgemeine zu den §§ 241 ff. Note 2) zurückführen, nach dem alle gleich schutzwürdigen vermögensrechtlichen Interessen in gleichmäßiger Weise zu schützen sind (72, 73). Eine Anwendung dieses höchsten Prinzips ist das Verschuldungsprinzip, das sich in zwei Sätze auflösen läßt: a) Enthält das Verhalten (Handeln oder Unterlassen) einer Person an sich eine Rechtsverletzung (unerlaubtes Verhalten) und war sich diese Person der Rechtsverletzung bewußt oder konnte sie sich derselben ohne Anstrengung bewußt werden, so haftet sie für jeden, also auch einen zufälligen Schaden, der sich auf ihre Pflichtverletzung zurückführen läßt (Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens) (99). Über Anwendungsfälle vgl. zu §§ 287, 550, 603, 665, 678, 692, 848. b) Wer eine rein indifferente Handlung, d. h. eine Handlung,

die an sich nicht rechtsverletzend ist, zu deren Vornahme der Handelnde aber auch kein besonderes Recht hat, vornimmt, muß Sorge tragen, daß durch Vornahme der Handlung kein Schaden entsteht, m. a. W: er trägt die Gefahr seiner Handlung (vgl. die Ausführung zu § 307 BGB.); wer eine erlaubte Handlung, d. h. eine Handlung, die nicht nur nicht rechtsverletzend ist, sondern zu deren Vornahme der Handelnde auch berechtigt ist, vornimmt, muß Sorge tragen, daß bei Vornahme der Handlung kein Schaden entsteht, m. a. W: er muß allen Schaden, der bei Vornahme der Handlung vermeidbar ist, auch vermeiden; die Gefahr des unvermeidbaren Schadens trifft dagegen hier den Verletzten (es entsteht infolge des vertragsgemäßen Gebrauchs der gemieteten Sache, infolge des Betriebs einer Eisenbahn, infolge der mit polizeilicher Genehmigung erfolgten Anfertigung von Sprengstoffen ein Schaden; Aquilisches Prinzip 103); vorausgesetzt ist ebenfalls in den beiden letzteren Fällen, daß sich der Handelnde bewußt war oder ohne Anstrengung bewußt werden konnte, daß er durch sein Handeln auf fremdes Vermögen rechtsverletzend einwirkt (Erfordernis der Erkennbarkeit, § 10).

Beide Grundsätze werden in ihrer Wirksamkeit gehemmt, einmal durch das Prinzip der Eigenfürsorgepflicht, wonach der Vermögensinhaber in erster Linie selbst verpflichtet ist, seine Interessen wahrzunehmen (81, 147 ff.), sodann im Falle einer Interessenkollision, d. h. wenn die Beobachtung der gedachten Pflichtnormen dazu führen würde, daß der Dritte auf die Ausübung eigener gleich schutzwürdiger Interessen verzichten müßte (174 ff.). Nach Neumann sind diese Grundsätze, die im römischen Rechte allmählich zu allgemeiner Anerkennung gelangten, auch unter der Herrschaft des BGB. insoweit zur Anwendung zu bringen, als nicht positive Vorschriften dieses Gesetzes im Wege stehen. Über das Maß der zu prästierenden Sorgfaltpflicht vgl. unten zu § 276. Der Grundsatz des rechtsverletzenden Verhaltens hat insbesondere auch bei obligatorischen Rechten Anwendung zu finden. Nach dem bloßen Wortlaute des BGB. können dagegen wenigstens diejenigen, die, wie Planck, nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen § 823 auf obligatorische Rechte zur Anwendung bringen wollen, nur dann ohne besondere positive Vorschrift zu einer Haftung bei obligatorischen Rechten gelangen, wenn die Voraussetzungen des § 276 gegeben sind. Solche positive Normen finden sich z. B. im § 287 für die mora, im § 678 für die negotiorum gestio; dagegen fehlt z. B. eine solche bei der Miete. Gleichwohl ist das Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens auch hier und allgemein anzuwenden, da die Bestimmungen der §§ 287, 678 2c. lediglich Anwendungsfälle desselben enthalten und somit Analogie stattfindet (95 f. u. 98 f.). Das römischrechtliche Erfordernis der Erkennbarkeit (nicht zu verwechseln mit dem der Voraussehbarkeit) der Möglichkeit einer Rechtsverletzung muß auch für das BGB. gelten; diese Erkennbarkeit liegt aber nur vor, wenn einerseits offensichtliche Umstände vorhanden sind, aus welchen auf eine mögliche Verletzung zu schließen ist, und auf der anderen Seite keine Umstände vorliegen, die zu der Annahme berechtigen, daß die beabsichtigte Handlung (Unterlassung) keine rechtswidrige sei (§ 10).

2. De lege ferenda.

a) Burckhardt: Die weitverbreitete Volksansicht, daß, wo ein Schaden eingetreten sei, auch ein rechtlicher Ausgleich sich finden müsse, steht einseitig auf dem Standpunkte des Verletzten; sie stellt sich nicht auf den des Haftbaren, weil gerade bei den eindrücklichsten Großschäden Spezialhaftungen potenter Vermögensinhaber in Betracht zu fallen pflegen. Allein in Wirklichkeit setzt die Schadensabwälzung noch einen weiteren Haftungsgrund als die Schädigung voraus; fehlt er, so muß die Rechtsordnung den Schaden auf dem Opfer sitzen lassen. Noch mehr als diese Negative will auch nicht der Satz „casus a nullo

praestantur“ besagen; er verkörpert bloß die keineswegs nur zu unserer heutigen Güterordnung passende Resignation, daß eine lückenlos gerechte Verteilung der Lebensgüter stets an der Unvollkommenheit menschlichen Erkennens scheitern wird. Er ist kein positives Prinzip.

Auf die Frage aber, wann denn positiv ein Haftungsgrund vorliege, ist noch keine einheitliche Antwort gefunden worden und wird sich auch nie eine finden lassen. Die so viel geforderte Einheit wäre eine das Leben vergewaltigende Einförmigkeit. Zur Bemeisterung der immer wachsenden Komplizierung der Lebensverhältnisse bedarf es auch nicht sowohl einer Vereinfachung als einer stets vielgestaltigeren Ausbildung der Haftungsgründe. Die köstlichste Frucht der Schadensersatzliteratur der letzten Jahrzehnte ist die Erkenntnis, daß wir Juristen an den töricht exklusiven Feldgeschreien „hier Kausalhaftung, Verursachungsprinzip, objektiver Maßstab“ und „hier Kulpahaftung, Verschuldungsprinzip, subjektiver Maßstab“ keinen Teil haben, daß wir keines allein, sondern nach zu bestimmenden Voraussetzungen bald dieses, bald jenes, rein oder kombiniert und verschieden ausgestaltet, durchführen sollen.

Er erhebt gegen einige Prinzipien-Formulierungen Einwendungen und führt aus: es sei zu einem „ex jure quod ex regula fiat“ noch zu früh; zuerst gelte es, das jus quod est zu schaffen. Bevor allgemeine Gründe der Verantwortlichkeit gewonnen werden können, sind die einzelnen Fälle individualisierend in Rücksicht auf die Haftung von der Fülle der oft divergierenden juristischen und volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte aus zu untersuchen.

Er erörtert im Anschlusse hieran die einzelnen Artikel des Schweizerischen Entwurfs kritisch und formuliert am Schlusse (571 ff.) seine eigenen legislativen Vorschläge.

b) Flesch-Wertheimer, Geschlechtskrankheiten und Rechtsschutz 49 ff. treten für das Veranlassungsprinzip gegenüber dem Verschuldungsprinzipe des Gesetzes ein. Insbesondere wird de lege ferenda verlangt (52), daß bei der Infizierung mit einer Geschlechtskrankheit schon die Veranlassung einen Grund zum Schadensersatz abgibt, und zwar ohne Unterschied, ob die Infizierung beim ehelichen oder außerehelichen Geschlechtsverkehr erfolgte. Mindestens muß (gemäß §§ 831, 832) die Umkehrung der Beweislast verlangt werden (53).

2. Übereinstimmung von Zivil- und Strafrecht.

a) Gmür, (vgl. oben das Allgemeine zu §§ 241 ff. Note 8) 597 ff. über das Verhältnis von Strafe und Schadensersatz. Er betont, daß das Wesen des Schadensersatzes nicht in der Strafe, sondern in der Reparationsfunktion zu suchen sei, und weist 605/606 darauf hin, daß unter Umständen in manchen Fällen, wo heute nur Strafe oder Schadensersatz und Strafe als Rechtsfolge auftreten, von der Strafe Umgang genommen werden könnte, sofern die zivilrechtliche Reaktion eine stärkere wäre und den speziellen Schutz der Persönlichkeit mehr hervortreten ließe. In diesem Sinne tritt er auch für eine Erweiterung der Domäne des Zivilrechts, insbesondere bezüglich des Schutzes der Ehre ein. „Angesichts der zweischneidigen Natur der Strafe wird jeder Fuß Boden, den das Zivilrecht auf diese Art gewinnt, einen entschiedenen Vorteil im öffentlichen Interesse bedeuten“, was eine Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafen und der Privatklagen, sowie eine bessere Regulierung des Verhältnisses der Geldbuße zur Schadensersatzforderung ermöglichen würde.

600 ff. tritt er für die „Wünschbarkeit der Übereinstimmung der Begriffe“, namentlich aus folgenden Gründen, ein: α. im Interesse der Rechtswissenschaft an einer möglichst allgemeinen Rechtslehre, β. in dem der Laienrichter (besonders für die schweizerischen Verhältnisse), γ. mit Rücksicht auf einzelne Bestimmungen des positiven Rechtes, welche die allgemeinen Begriffe des Zivil- und des Straf-

rechts einander ohne weiteres gleichsetzen, insbesondere die Gesetze, betreffend den Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums. Im einzelnen (609 ff.) faßt er dabei folgende Gruppen ins Auge: α. die gemeinsamen Tatbestandsmerkmale des Delikts, insbesondere die Rechtswidrigkeit, die Schuld, die Interessenverletzung und den Kausalzusammenhang, β. die diesen Grundbegriffen am nächsten stehenden Unterarten: namentlich Vorsatz und Fahrlässigkeit, ferner – Zurechnungsfähigkeit und Irrtum, als Unterarten der Schuld, — Gewalt, Drohung, Betrug als Unterarten der Verletzung und auch die zur Abgrenzung dienenden Begriffe, wie Selbsthilfe, Notwehr und Notstand in bezug auf die Rechtswidrigkeit. Auch hier sprechen theoretische, vornehmlich aber praktische Gründe für die Übereinstimmung mit Rücksicht auf die Bedeutung der Begriffe, bei konnexen Straf- und Zivilprozessen, γ. solche Begriffe, die häufig im Zivil- wie im Strafrecht in ähnlichem oder gleichem Sinne verwendet werden, indem sie z. B. zur Individualisierung der einzelnen Rechtsverhältnisse oder der einzelnen deliktischen Tatbestände dienen, so z. B. Eigentum, Pfand, Retentionsrecht, Ehe, Verwandtschaft in gerader Linie usw., und diesen gegenüber eine Gruppe, welche diejenigen in beiden Gebieten verwendeten Termini umfaßt, die nicht zivilrechtliche, sondern bloß tatsächliche Beziehungen ausdrücken oder ein Rechtsobjekt bezeichnen, z. B.: Körperverletzung, Kundschaft, Bau, Urkunde, Sache, Ware, Geld, Blutsverwandtschaft usw. „Das Zivilrecht kann vom Strafrecht insbesondere diejenigen Begriffe übernehmen, welche tatsächliche Vorgänge ausdrücken, das Strafrecht dagegen wird gut tun, sich an die von der zivilistischen Gesetzgebung und Praxis ausgearbeitete Bestimmung und Abgrenzung der Rechtsobjekte und der Rechtsverhältnisse zu halten". (614).

Was die geschützten Interessen anbelangt (614 ff.), so kann das Privatrecht ganz allgemein verlangen, daß der strafrechtliche Schutz da einsetze, wo ein Rechtsgut in privatrechtlicher Beziehung große Bedeutung hat oder wo es häufigen Angriffen ausgesetzt ist.

Die Frage, ob die in beiden Rechtsgebieten geschützten Interessen auch terminologisch gleich zu bezeichnen und zu umschreiben sind, beantwortet sich aus dem Umstand und ist zu beachten, daß die Individualisierung der Interessen regelmäßig vom Zivilrechte besorgt wird; die Rechtsverhältnisse, z. B. die Begriffe Eigentum, Besitz, Pfandrecht, Retentionsrecht, Nießbrauch, werden dort näher ausgestaltet; die Anlehnung des Strafrechts ans Zivilrecht entspricht auch seiner sekundären Rolle. Anders allerdings liegt es da, wo z. B. Rechtsgüter, wie Freiheit, Leben und Ehre, bis vor kurzem ausschließlich vom Strafrechte berücksichtigt wurden und wo das Strafrecht besondere Unterarten schafft (619).

Im folgenden (619 ff.) erörtert er einzelne Hauptbegriffe.

A. Die Widerrechtlichkeit und ihre Ausschlußgründe (619—626). Sie stellt in beiden Gebieten die äußere Seite des rechtsverletzenden Verhaltens dar; sie liegt darin, daß etwas getan wird, was einem Rechtsverbote zuwiderläuft, oder etwas unterlassen wird, was nach einem Rechtsgebote hätte geschehen sollen. Widerrechtlich ist jede Handlung, die den Vorschriften des objektiven Rechtes, wo immer sie auch stehen mögen, zuwiderläuft. Auch die Ausschlußgründe der Widerrechtlichkeit (z. B. Notwehr) sind notwendigerweise in beiden Gebieten dieselben. (Im Art. 50 des schweiz. Entwurfes ist anders als im § 249 das Kriterium der „Widerrechtlichkeit" allgemein als Tatbestandsmerkmal der Schadenshaftung verwertet.) Somit ist also in beiden Gebieten übereinstimmend ein Handeln oder Unterlassen dann als widerrechtlich anzusehen, wenn es gegen eine vom Rechte auferlegte Pflicht verstößt. Die Widerrechtlichkeit ist auch dann gegeben, wenn eine an sich vorhandene Befugnis schuldhaft überschritten und bei der Überschreitung Schaden verursacht wird. Nicht zu verwechseln ist sie mit

dem Verschulden; Vorsatz und Fahrlässigkeit — an sich nicht rechtswidrig — dienen nur zur Abgrenzung der Widerrechtlichkeit.

a) Die Notwehr (622—624). (Der schweiz. Entwurf führt anders als BGB. §§ 227 ff. nur die Notwehr als Ausschließungsgrund an.) A. a. O. nur spezielle Bemerkungen zum schweizerischen Rechte.

b) Notstand (624 f.). Die Notwendigkeit, den Notstand im Zivilgesetzbuch anders als im Strafgesetz oder überhaupt zu definieren, liegt nicht vor; es ist gegenüber BGB. §§ 228, 904 als ein Vorteil zu betrachten, wenn die Notstandshandlung zum Schutze aller privaten und auch gegen alle Rechtsgüter geschehen darf.

c) Die Selbsthilfe (625).

d) Die Nötigung (625 f.) Nur spezielle Bemerkungen.

e) Die Einwilligung des Verletzten (626). Wenn die Verletzung trotz der Einwilligung strafbar bleibt — und dies ist die Regel — so ist sie auch widerrechtlich für das Privatrecht. So auch Mot. z. BGB. II 730.

B. Das Verschulden (626—630).

a) Der Vorsatz. Er empfiehlt die gleichmäßige Verwendung. Besondere Bemerkungen für den schweiz. Rechtszustand.

b) Die Fahrlässigkeit (627 ff.). Auch BGB. § 276 gibt keine eigentliche Begriffsabgrenzung, sondern eine Bestimmung über den Grad der Sorgfalt. Auch hier empfiehlt er die gleichmäßige Verwendung.

Vorsatz und Fahrlässigkeit sollen sich in beiden Gebieten nur auf den Erfolg, nicht auf den Schaden beziehen.

C. Den Irrtum (630). Da die Widerrechtlichkeit objektiv aufzufassen und das Verschulden auf die Handlung, auf den Erfolg zu beziehen ist, ist der Irrtum über die Rechtswidrigkeit in keinem Falle imstande, die Handlung zu einer schuldlosen zu machen.

Anders im Falle des wesentlichen Irrtums bei tatsächlichen Verhältnissen.

D. Bezüglich der Zurechnungsfähigkeit tritt er gleichfalls für die Übereinstimmung ein (631 ff.): Wenn der Begriff der Schuld zivil- wie strafrechtlich derselbe ist, so muß auch die Zurechnungs- oder Deliktsfähigkeit auf beiden Gebieten logischerweise identisch sein (634). Im übrigen spezielle Bemerkungen zu den schweizerischen Entwürfen.

E. Was den Schaden anbelangt, so unterscheidet sich das strafrechtliche Delikt auch, wo es auf derselben Handlung basiert wie das zivilrechtliche, meist dadurch von letzterem, daß es weiter ist, indem der Eintritt des Schadens nicht notwendigerweise zu seinem Tatbestande gehört (638); dagegen ist der Begriff des Kausalzusammenhanges ein allgemein philosophischer, kein spezifisch juristischer. Daß die Begriffsbestimmung im Zivil- und im Strafrechte übereinstimmen sollte, dafür sprechen Logik und praktisches Bedürfnis (639). Über Unterlassen a. a. O. 639.

F. Der Begriff des Verletzten (639 f.) kann nur in Vergleich gezogen werden, insoweit es sich im Strafrecht um den Angriff auf ein subjektives und privates Recht handelt. In beiden Rechtsgebieten ist im allgemeinen nur der unmittelbar Verletzte entschädigungs- bzw. antragsberechtigt. (Die Ausnahme a. a. O.).

G. Als Täter (640 ff.) ist in beiden Gebieten nicht bloß derjenige aufzufassen, der positiv handelt, sondern auch, wer eine rechtswidrige Unterlassung begeht; der Ausdruck Verursacher wäre korrekter. Bei der Solidarhaftung werden die Begriffe Anstifter, Urheber, Gehilfe dem Strafrecht entnommen. (Über speziell schweizerische Einzelheiten s. Näheres daselbst.)

642—645 noch über einzelne spezielle Tatbestände, insbesondere Tötung und Körperverletzung, Verletzung des Urheber- und ähnlicher Rechte, der Verjährung, dem Betrug und ihre Stellung zu den beiden Rechtsgebieten (besonders nach schweiz. Rechte). 644 f. hebt er einige vom Strafrechte verwendete zivilistische Begriffe hervor.

Nach einer Zusammenfassung (645—650) erklärt er sich dahin:

I. Die Übereinstimmung der Begriffe im Zivil- und Strafrecht ist wünschenswert.

II. Die Übereinstimmung ist in der Hauptsache überall durchführbar.

Den den Gmürschen Ausführungen entgegengesetzten Standpunkt vertritt Cordey in einem französischen Korreferat, ebenda 651 ff. Er glaubt, Gmür habe in seinem Referat allzusehr das Problem nach der Seite der Möglichkeit, nicht auch in gleichem Maße nach der Seite der Wünschbarkeit betrachtet, die er hauptsächlich ins Auge fassen wolle (653). Die unmittelbarste Folge würde gewiß sein, daß die beiden Gesetzbücher die Definitionen für jeden von beiden vervielfältigen müßten (654), eine Vermehrung von Definitionen sei aber ein großes Übel (656). Die geschichtliche Entwickelung (657 f.) ergebe, daß sich die beiden Gebiete allmählich immer mehr voneinander geschieden hätten, die Aufgabe des Zivilrechts sei, zu heilen, die des Strafrechts, zu strafen (658). — Auch die scheinbar gemeinsamen Begriffe erhalten dadurch, daß sie in das eine oder andere Rechtsgebiet gestellt seien, ihre eigentümliche Färbung und Umgestaltung, so daß sie, sobald man sie dem betreffenden Milieu entreiße, nicht mehr lebensfähig erscheinen (659), von solchen gemeinsamen Begriffen, die sich ihrer Entwickelung entsprechend unterscheiden, gebe es aber augenblicklich sehr viele (659). Führte man nun eine gewaltsame Übereinstimmung herbei, so würde man den Fortschritt der Wissenschaft und Rechtslehre hemmen (660). Im folgenden bespricht er im einzelnen konkrete Beispiele, wo die Unabhängigkeit der Rechtsgebiete voneinander als die beste Bedingung für ihre Entwickelung erscheine; insbesondere die Begriffe der „chose volée“, der „complicité“, der „légitime défense“ nach schweizerisch-französischem Rechte (660—663), und faßt sich schließlich (663 f.) dahin zusammen:

1. L'établissement de notions concordantes entre le droit civil et le droit pénal n'est pas désirable.
2. Il n'est possible qu'aux dépens du développemeut naturel des deux droits.

Literatur: Hans Albrecht Fischer, Der Schaden nach dem BGB. für das deutsche Reich. Jena 1903. — Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadenersatzansprüchen nach dem BGB. Berlin 1903. — v. Leyden, Die sogenannte Kulpa-Kompensation. Berlin 1902.

§ 249. 1. Dogmatisches. Grundlegung.

a) Fischer: Durch § 249 Satz 1 ist die Naturalreparation zur primären Schadensbeseitigungsart erhoben worden. Die Ersatzverbindlichkeit geht zunächst nicht auf eine Geldleistung, nicht auf ein dare, sondern auf ein facere, und dieses facere besteht nach der Textfassung des § 249 nicht in einer Beseitigungspflicht, sondern positiv in der Verpflichtung zum Schaffen eines zur Zeit nicht existierenden Zustandes. Wenn einmal feststeht, daß das Schadensereignis eingetreten ist, so steht auch fest die Irrealität der durch dasselbe unterbrochenen normalen Tatsachenreihe. Pflicht des Ersatzschuldners ist es nun, einen neuen Tatsachenkomplex ins Leben zu rufen, welcher möglichst sich annähert jenem irrealen Zustande, der nach menschlicher Erfahrungs- und Wahrscheinlichkeitsrechnung ohne das Schadensereignis in Gegenwart und Zukunft bestehen würde (155, 165 ff.). Für den in der Vergangenheit ruhenden Schaden in dem

Sinne, daß eine schädigende Wirkung in der Vergangenheit bestanden hat und heute spurlos verschwunden ist, findet überhaupt kein Ersatz statt; eine Ausnahme findet sich nur innerhalb des Nichtvermögensschadensgebiets (§§ 847, 1300) beim Schmerzensgelde, sowie beim Ersatze für zugefügten Kummer und Ehrenkränkungen. Der Richter wird nach § 847 eine Ersatzsumme schon zuzubilligen haben, wenn der Verletzte nur in der ersten Zeit nach dem frivolen Eingriff eine schwere Beeinträchtigung seines seelischen Wohlbefindens empfunden hat; ob er sie bei Erlaß des auf einen etwa mehrere Jahre hingezogenen Prozeß ergehenden Endurteils noch fühlt, kann schon deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil der Anspruch ja auch nicht erlischt, wenn der Verletzte nach Eintritt der Rechtshängigkeit stirbt (199, 316, 317).

b) Über faktische und wirtschaftliche Naturalreparation vgl. 166—170. Die Wortinterpretation des § 249 Satz 1 ergibt im Beihalt des § 251 Abs. 1, daß unter „Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre" lediglich das Schaffen der rein faktischen Lage, in welcher sich der Ersatzberechtigte zur Zeit, da er Ersatz begehrt, ohne die Schadenshandlung befinden würde, zu verstehen ist. Denn von Wiederherstellung der wirtschaftlichen Lage, welche nicht genügend ist und an deren Stelle Geldersatz treten muß (§ 251 Abs. 1), kann nicht die Rede sein (167). Andererseits ist aber der vom Gesetze verfolgte Zweck einzig und allein der, eine wirtschaftliche Naturalreparation herbeizuführen. Die im § 251 Abs. 1 aufgestellten beiden Voraussetzungen, die Naturalreparation müsse möglich und genügend sein, fallen in eine einzige zusammen: das Gesetz erfordert lediglich, daß die wirtschaftliche Naturalreparation möglich ist. Es mußte aber der Gesetzgeber gerade, wenn er im Anschluß an das tägliche Leben unter „Herstellung rc." die tatsächliche Wiederherstellung verstand, jene doppelte Schranke im § 251 Abs. 1 aufstellen (169). Da es auf die Möglichkeit der wirtschaftlichen, nicht der faktischen Naturalreparation ankommt, so ist für den Verlust eines Gattungsexemplars Ersatz durch Leistung eines anderen Stückes aus derselben Gattung zu beschaffen. Bei Zerstörung eines Speziesgegenstandes ist faktische Naturalreparation unmöglich, die wirtschaftliche Naturalreparation kann deshalb aber immer noch möglich sein. Beispiele 172 ff.

c) Verwandelung von alt in neu bei der Naturalreparation. Werden bereits abgenutzte Sachen beschädigt oder zerstört, so ist auch hier zunächst die Naturalreparation zu versuchen. Werden hierbei die alten Gegenstände durch neue ersetzt, so stellt dies immerhin eine gültige Naturalreparation nach § 249 Satz 1 dar, die der Ersatzgläubiger verlangen kann. Etwaige Bereicherung des Ersatzberechtigten ist durch Werterssatz an den Ersatzpflichtigen auszugleichen. Gegen Oertmann, Vorteilsausgleichung 237 nimmt Fischer 177 an, daß ein solcher Werterssatz aber nicht in allen Fällen der Verwandelung von alt in neu stattzufinden hat. 177 ff. wirft er im Anschlusse hieran die Frage auf: welchen Standpunkt hat die Rechtsordnung einzunehmen, wenn die Sachlage zur Zeit, da es sich um die Beseitigung des Schadens handelt, so beschaffen ist, daß nicht gerade der Schaden ersetzt werden kann, sondern vielmehr nur ein Plus oder ein Minus im Verhältnisse zum wirklichen Schaden? Soll die Rechtsordnung sich auf die Seite des Ersatzschuldners stellen und ihm nur die Leistung des Minus auferlegen oder soll sie sich zugunsten des Gläubigers entscheiden und ihm das Plus zusprechen? Er entscheidet dahin: Hier gilt nicht der Satz „in dubio pro reo". Es muß das Plus ersetzt werden und die Bereicherung des Gläubigers ist nachträglich oder Zug um Zug mit der Schadenersatzleistung durch Werterssatz oder Abtretung von Ansprüchen, Herausgabe residuärer Rechte wieder auszugleichen. Das ganze Anwendungsgebiet des § 255 setzt geradezu eine Über-

schadensbeseitigung voraus. Vgl. auch § 255 (222). Zur Naturalreparation gehört **nicht**, wie **Kipp** bei **Windscheid** und **Oertmann**, Vorteilsausgleichung behaupten, die „Entziehung des Gewinnes". Denn der Ersatzpflichtige macht sich keiner pluris petitio schuldig, wenn er Naturalreparation begehrt, ohne die herauszugebenden Einzelvorteile anzubieten oder sich zur Abtretung der Ansprüche nach § 255 bereit zu erklären.

d) Verhältnis der Schadensbeseitigungspflicht nach § 249 Satz 1 zu anderen Rechtsbehelfen: Zu den dinglichen Ansprüchen aus §§ 985, 1007, 861, 1004 vgl. 178 ff.; zu den Rechten aus §§ 123, 124, 162 a. a. O. 181, 182.

e) Besteht der Schaden darin, daß dem Ersatzberechtigten eine neue Verbindlichkeit erwachsen ist, die derselbe noch nicht getilgt hat, so erfolgt die Schadensbeseitigung nach § 249 Satz 1 im Wege der Exneruation (182—186). Der Ersatzverpflichtete hat in erster Linie jene Verbindlichkeit, wenn angängig, d. h. der Gläubiger des Ersatzgläubigers damit einverstanden ist, in positiver Schuldübernahme auf sich zu ziehen (§§ 414 ff.). Willigt der Gläubiger des Ersatzgläubigers nicht in die Schuldübernahme, so hat der Schuldner noch immer das Recht (§ 267) und hier die Pflicht (§ 249), die Schuld, wenn sie fällig ist, z tilgen. Auch in der Zwangsvollstreckungsinstanz bietet die Durchführung des dahingehenden Anspruchs des Ersatzgläubigers keine Schwierigkeit. Es handelt sich um Erzwingung einer fungiblen Leistung. Der Schadensersatzgläubiger kann sich daher vom Prozeßgerichte I. Instanz nach § 887 ZPO. ermächtigen lassen, auf Kosten **seines** Schuldners die Handlung (Befriedigung **seines** Gläubigers) selbst vorzunehmen. Ist die Schuld, welche dem Ersatzgläubiger erwachsen ist, noch nicht fällig, so ist eine analoge Anwendung des § 257 Satz 2 für das Gebiet der Naturalreparation unzulässig (184). Wenn die Natur des eingegangenen Schuldverhältnisses eine Erfüllung durch Dritte nicht zuläßt (§ 267), so ist Exneruation ausgeschlossen, und es tritt Gelderersatz ein (§ 251 Abs. 1). — Über das Schicksal der Exneruationsansprüche im Konkurse des Ersatzgläubigers vgl. 184 ff.

f) **Naturalreparation beim Schadensersatze wegen Nichterfüllung und beim Verspätungsschaden** (a. a. O. 190—200). Bildet den zum Schadensersatze verpflichtenden Umstand die Nichterfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses (Verzug oder Unmöglichkeit der Leistung), so würde der aus diesem Umstande hervorgegangene Schaden, das Nichterfülltsein, nach § 249 zu beseitigen sein durch Herbeiführung des ohne die Schadenstatsache bestehenden Zustandes, d. i. Erfüllung. Es fragt sich aber, ob hier Naturalreparation möglich ist. Möglich ist, wenn der durch die Nichterfüllung herbeigeführte Schaden eben das Mangeln der Erfüllung ist, an sich immer die Schadensbeseitigung des § 249 bei vertretbarem nachfolgendem **Unvermögen** (§§ 280, 275 Abs. 2, 279). So bildet hier Schadensersatz wegen Nichterfüllung wieder die Erfüllung, der Erfüllungsanspruch hat hier aber Schadensersatznatur, und so ist seine Überleitung in den Geldanspruch nach § 250 erleichtert gegenüber dem **primären** Erfüllungsanspruche, der **unmittelbar** niemals zur Geldentschädigung führt und mittelbar nur zur Geldentschädigung führen **kann**, wenn er eben zum Ersatzanspruche geworden ist, §§ 283, 286, 325, 275 Abs. 2 (192—194). Ist Schadensersatz zu leisten wegen objektiver vertretbarer nachfolgender Unmöglichkeit der ursprünglichen Leistung, so lehrt die herrschende bisher unbestrittene Ansicht, daß Naturalreparation ausgeschlossen sei, da sich eben aus dem Begriffe der objektiven Unmöglichkeit die Schranke des § 251 Abs. 1 ohne weiteres ergebe. Demgegenüber hebt **Fischer** 195 ff. hervor, daß auch bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung infolge **objektiver** Unmöglichkeit der Leistung die Naturalreparation nach § 249 Satz 1 nicht ausgeschlossen ist. Allerdings kann der Schadensersatz wegen Nicht-

erfüllung hier nicht in der „Erfüllung" bestehen. Aber der Schaden kann weitergewirkt haben, aus dem Unterbleiben der Erfüllung haben sich andere konkrete Folgen ausgelöst, und diese können wieder reparabel und irreparabel sein, und je nachdem ist der konkrete Schaden durch Naturalreparation oder durch Geldersatz zu beseitigen. Beispiele daselbst 196 ff. — Ebenso lehrte bisher die herrschende Meinung, ohne Widerspruch zu finden, daß der Verzögerungsschaden beim Verzuge niemals im Wege der Naturalreparation nach § 249 Satz 1 beseitigt werden könnte. Denn nachdem die Zeit verstrichen, sei es eben für Menschenkraft nicht mehr möglich, rechtzeitig zu liefern. Demgegenüber hebt er (198 ff.) auch hier hervor, daß ebenfalls der Verzögerungsschaden unter Umständen nach § 249 Satz 1 zu beseitigen sei. Allerdings könne rechtzeitige Lieferung nach Eintritt des Verzugs nicht mehr erreicht werden. Aber für Schaden in der Vergangenheit, der in der Gegenwart überhaupt nicht mehr auf die Vermögensverhältnisse des Beschädigten nachwirke, sei überhaupt kein Ersatz zu leisten (vgl. oben). Wenn Schadensersatz wegen Verzugs begehrt werde, so handle es sich immer darum, die irgendwie gearteten gegenwärtigen Wirkungen des Verzugs für die Zukunft zu beseitigen. Und die aus der seinerzeit unterlassenen rechtzeitigen Erfüllung resultierenden Schadensfolgen können für die Gegenwart konkreter Natur sein, so daß ihre Beseitigung nach § 249 Satz 1 als angängig und geboten erscheint. Die herrschende Lehre, welche ausnahmslos die Naturalreparation bei objektiver Unmöglichkeit der ursprünglichen Leistung und beim Verzögerungsschaden ausschließe, enthalte nichts anderes als eine Verwechselung von Ursache und Wirkung.

g) Naturalreparation in Geld. Auch diese kann vorkommen. Besteht die konkrete Schadensfolge in einem baren Geldverluste, so hat Geldentschädigung zu erfolgen. Dies ist in Wirklichkeit aber Schadensersatz nach § 249 Satz 1, nicht nach § 251. Denn der vom Gesetze verordnete Geldersatz ist immer nur subsidiärer Natur (200).

h) Naturalreparation beim Nichtvermögensschaden (315—325). Auch für vorsätzliche Ehrverletzung ist (nach § 823 Abs. 2 BGB. mit § 185 StGB.) Ersatz zu leisten, sowohl in Ansehung des Vermögensschadens wie des Nichtvermögensschadens, für letzteren nur nicht in Geld (§ 253), sondern im Wege der Naturalreparation. Der innere, durch die Beleidigung hervorgerufene Affekt ist irreparabel, reparabel sind aber zum Teile die hervorgerufenen äußeren Erfolge der Beleidigung. Auch kann Entfernung eines beleidigenden Anschlags, Ehrenerklärung und Widerruf der Beleidigung als Schadensersatz nach § 249 Satz 1 gefordert werden. Näheres 318 f. Auch für die Verletzung des Affektionsinteresses ist Schadensersatz durch Naturalreparation zu leisten (320—325).

2. Begriff und Inhalt.

RG. 54 137 ff.: Aus der Begriffsbestimmung des Schadens im § 249 ergibt sich von selbst, daß er nicht einseitig nur nach Höhe der aus dem Vermögen des Beschädigten in das des Schädigers übergegangenen Vermögensteile, sondern nur unter Ausgleichung aller beiderseitigen aus derselben Wurzel entsprungenen Vermögens-Ab- und -Zugänge festgesetzt werden kann. So müssen, falls infolge eines — nachträglich angefochtenen und für nichtig erklärten — Vertrags ein Schadensersatz- und Wiederherstellungsanspruch geltend gemacht wird, die dem Ersatzpflichtigen aus dem nichtigen Vertrag erwachsenen Nachteile (z. B. Hypothekenübernahmen usw.) gemäß § 249 als eine Minderung der ihm aus dem Vertrage zugeflossenen Vorteile von selbst — und nicht etwa nach den Grundsätzen der Aufrechnung und Zurückbehaltung — in Betracht gezogen werden. S. dieses Urteil auch oben zu § 142 Note 6.

3. Vom Kausalzusammenhange.

a) Gottschalk 43 ff.: Das BGB. hat weder die v. Lisztsche Theorie des Kausalzusammenhanges (vgl. JDR. 1 158 Ziff. 2 a. E.) noch die von Rümelin aufgestellte der objektiven nachträglichen Prognose (vgl. JDR. 1 157) angenommen. Um eine Feststellung des Begriffs zu erlangen, muß man im BGB. zwei Kategorien scheiden, in welchen der Ausdruck vom „daraus entstehenden Schaden" vorkommt. Dieser Ausdruck deutet das Kausalverhältnis an. In die erste Kategorie gehören die Fälle, in denen das Gesetz den „daraus entstehenden Schaden" aus einem Verschulden herleitet. Das Verschulden, d. h. die schuldhafte Handlung, ist der Grund, welcher zum Schadensersatz verpflichtet. Daraus ergibt sich, daß in einer solchen Handlung die Ursache zu suchen ist, welche den entstehenden Schaden zur Entstehung gebracht hat. Nun ist aber das Verschulden nur eine rechtlich qualifizierte Art der Verursachung (vgl. 18 ff., 26 ff.), d. h. es tritt das subjektive Moment zu der Tatsache des Verursachens hinzu. Rekurriert man auf diese Tatsache, so ist zu sagen, daß sie sich als eine Verletzung der Rechte eines anderen darstellt. Das „Verschulden" des einen ist ein Eingriff in die geschützten Rechtsgüter eines anderen. Auf diesen Eingriff muß die Entstehung des Schadens zurückgeführt werden. Die zweite Kategorie bilden die Fälle, in denen eine Schadensersatzpflicht ohne ein Verschulden aufgestellt wird. Auch hier ist die verletzende Handlung ein Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen. Es folgt daraus, daß das BGB. die Einwirkung in den Rechtskreis eines anderen als die Ursache eines Erfolges ansieht (vgl. 24).

b) Hellmann, KrVSchr. 44 62 ff. bemerkt gelegentlich der Besprechung der Lehrbücher von Endemann und Matthiaß folgendes über die Theorie der „nächsten" Bedingung, bezüglich deren eine sichere Begrenzung zu suchen ist: Nächste Bedingung ist eine Tatsache, insoweit sie auf eine zur Zeit ihres Eintretens bereits vorhandene Sachlage positiv einwirkt; sie ist es nicht, wenn sie Motive für Herbeiführung einer neuen Sachlage setzt, die als solche keinen Schaden bewirkt, sondern nur die Gelegenheit zur Schädigung dadurch schafft, daß nun neue Umstände auf die neue Sachlage einwirken können. So haftet der mit dem Verkaufe von Bergwerksaktien beauftragte Bankier, der diesen Verkauf versäumt, für den Schaden der Entwertung, die durch Ersaufen des Bergwerks bewirkt wird, der Verwahrer, der die verwahrte Sache rechtswidrig gebraucht, für den zufälligen Schaden, der sie dabei trifft, — dagegen nicht der Schneider, der den bestellten Reisepelz nicht rechtzeitig liefert, für den Schaden, der dem Besteller auf der verzögerten Reise durch ein Eisenbahnunglück trifft. In den ersten Fällen wird auf die vorhandene Sachlage eingewirkt, in dem letzten bildet die Verspätung der Ablieferung nur das Motiv zur Reiseverzögerung, also für eine neue Sachlage, die nur Gelegenheit gibt, daß andere Umstände auf den jetzt vorhandenen Zustand schädigend wirken. (Weitere Beispiele a. a. O. 63).

c) v. Weinrich, Einiges über den Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht und in der Unfallversicherung, Z.VersWiss. 4 93 ff.

Es ist nur das direkte Ergebnis eines schädigenden Sichverhaltens dem dieses Beobachtenden zur Last zu legen.

Als solches ist auch die schuldhafte Herbeiführung einer Gefahr anzusehen. Will jemand sich oder einen anderen, oder eigenes oder fremdes Gut aus dieser Gefahr befreien und kommt dabei um oder verletzt sich, so hat, wer diese Gefahr geschaffen hat, für den beim Rettungsversuch entstandenen Schaden aufzukommen. (Dieser Satz ist in Anlehnung an das Urteil des **RG.** v. 20. 2. 02 DJZ. 02 215 aufgestellt.) Vgl. auch unten Note 4a.

Es werden Eigenschaften des Verletzten oder die Beschaffenheit der Verletzung, welche die zugefügte Verwundung verschlimmert oder den Tod herbeigeführt haben, dem Täter zugerechnet.

Jede Verantwortlichkeit wegen Verschlimmerung des zugefügten Übels entfällt, wenn diese Verschlimmerung die Folge einer vom Täter nicht beeinflußten Handlung oder Unterlassung eines Dritten oder eines unvorhergesehenen Ereignisses ist. Eine Ausnahme bildet § 254 BGB., welcher von dem Mitwirken des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens handelt.

Die Kategorien unter c und d unterscheiden sich insofern, als in den ersten Fällen der Täter das Übel, zu dem die Voraussetzungen in der Person des Verletzten gegeben waren, wirklich hervorgerufen hat, in den Fällen der zweiten Kategorie dagegen der Täter lediglich die Möglichkeit geschaffen hat, daß die späteren Ereignisse diese schlimmen Wirkungen haben konnten.

Diese für das Haftpflichtrecht aufgestellten Leitsätze gelten, von Besonderheiten dieser Materie abgesehen, auch für die private Unfallversicherung (97), natürlich nur insoweit die allein entscheidenden Versicherungsbedingungen Lücken aufweisen. Die Gesellschaften gewähren nur für den unmittelbaren und direkten Schaden auf Grund der Versicherungsbedingungen Entschädigung; damit sind die Verschlimmerungen der Verletzung ausgeschlossen, sofern die Verschlimmerung nicht als Unfall anzusehen ist, auf den sich der Vertrag bezieht (98).

Bei der Staatsversicherung ist die Idee der Fürsorge zugrunde zu legen (Näheres 99).

d) Gegen v. Weinrich, Theorie vom Kausalzusammenhange, Haftpflicht (2) 17ff., 178 f. Boethke, Gruchots Beitr. **47** 183. S. auch unten zu § 254 Note 2b (v. Leyden).

4. Der Kausalzusammenhang in der Praxis:

a) **RG.** JW. **03** 30 Nr. 32, Egers eisenb. E. u. A. **20** 122: Es genügt zum Kausalzusammenhang einesteils, daß ein Schaden, welcher durch eine Verkettung mehrerer Handlungen oder durch nachträgliches Hinzutreten sonstiger mitwirkender Umstände zu einer Tat herbeigeführt wird, auf eine Handlung, wenn auch nur als mittelbar wirkende Ursache zurückführbar ist. Insbesondere wird er nicht notwendig durch das Dazwischentreten einer, wenn auch auf freiem Entschlusse beruhenden Handlung eines Dritten aufgehoben, welche mit der Verschuldung einer anderen Person im Zusammenhange steht, namentlich ist dies dann nicht der Fall, wenn eine Person eine Gefahr heraufbeschwört, die den Dritten nach der Auffassung des Lebens berechtigterweise zu einer Maßregel veranlaßt, infolge deren erst der Schaden entsteht (**RG. 29** 121). Ob im einzelnen Falle eine Handlung noch als fortwirkende Ursache eines Schadens anzusehen ist oder ob sie nicht sowohl die Ursache, als vielmehr bloß die Veranlassung des Schadens bildet, derart, daß letzteres auf ein nachträgliches Ereignis als selbständige Ursache zurückzuführen ist, ist eine nach § 287 ZPO. zu beurteilende Tatfrage. Andererseits fehlt es im Falle des Verschuldens an der Zurechenbarkeit des Schadens nicht, wenn dieser auch nicht als notwendige Folge der Handlung eingetreten ist, sondern nur als mögliche, wenn auch nicht einmal als wahrscheinliche Folge der Handlung voraussehbar war.

RG. JW. **03** 30 Nr. 31: Ein Unfall ist auch dann die direkte und ausschließliche Ursache des Todes (im Sinne der Versicherungsbedingungen), wenn eine gewisse Empfänglichkeit des Körpers für die nachteiligen Einwirkungen der Verletzung vorhanden war, wenn also möglicherweise bei anderer körperlicher Beschaffenheit des Beschädigten der Unfall günstiger verlaufen wäre. So kann z. B. ein Bluterguß als der alleinige Anlaß zum Tode angesehen werden, ob-

schon er einen der Blutvergiftung günstigen Nährboden in dem sonstigen Zustande des Fußes des Verletzten vorgefunden hat.

b) BraunschZ. **50** 61 (OLG. Braunschweig) verneint das Vorliegen eines Kausalzusammenhanges in einem Falle, wo von einem Brauereibesitzer Ersatz desjenigen Schadens verlangt wird, welcher ihm als lucrum cessans in seinem Gewerbebetriebe durch die Konkurrenz eines vertragswidrig aus seinem Dienste geschiedenen Braumeisters erwachsen ist. Es gibt keinen Rechtssatz, nach welchem jemand für allen Schaden aufkommen muß, bezüglich dessen sich feststellen läßt, daß er ohne eine Tatsache, wegen welcher er verantwortlich zu machen ist, nicht eingetreten wäre. Auch liegt hier kein mittelbarer Schaden vor. Von einem solchen ist nicht die Rede, wenn durch die Tatsache a nur die Möglichkeit geschaffen ist, daß — im übrigen unabhängig von ihr — die unmittelbar schädigende Tatsache b eintreten konnte.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. Nr. 38, SchleswHolstAnz. **67** 339 ff.: Nicht schlechthin jeder Schaden muß ersetzt werden, der als tatsächliche Folge fahrlässiger widerrechtlicher Verletzung nach § 823 Abs. 1 oder 2 eintritt, der tatsächlich ohne solche Verletzung nicht eingetreten sein würde. So stellt sich z. B. die Erkrankung eines Bahnwärters infolge des beim Zusammenstoße zweier Züge erlittenen Schreckens als eine derartig abnorme Fernwirkung eines Eisenbahnunfalls auf den Bahnwärter dar, sie liegt soweit außerhalb der gewöhnlichen Lebenserfahrung, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, den Beamten gegen solche Fernwirkungen zu schützen.

5. Zeit der Schadensberechnung.

Hellmann, KrVSchr. **44** 119 meint hinsichtlich der Frage, welche Zeit der Schadenberechnung zugrunde zu legen sei: macht der Geschädigte geltend, daß er die ihm entzogene oder zerstörte oder nicht gelieferte Sache um den Preis veräußert hätte, den sie z. Z. des schädigenden Ereignisses gehabt hat, so muß er beweisen, daß er so veräußert hätte, und dann ist jener Preis zugrunde zu legen; behauptet er, er würde jetzt die Sache veräußern können, wenn er sie nicht wegen des schädigenden Ereignisses entbehren mußte, so hat er zu beweisen, daß er sie nicht früher veräußert hätte, — dann ist ihm der gegenwärtige Preis zu vergüten.

6. Schadensersatz und Buße.

a) BayrObLG., DJZ. **03** 34—35: Der Verletzte kann, wenn er die Zuerkennung einer Buße im Strafverfahren erwirkt hat, nicht nur von dem Verurteilten selbst einen weiteren Schadensersatz nicht mehr verlangen, sondern es sind auch seine Ansprüche gegen andere Personen wegen des Schadens, der durch die Buße ausgeglichen werden soll, erloschen, gleichviel ob das Strafverfahren auch gegen diese Personen gerichtet worden ist oder nicht und ob sie überhaupt strafbar sind oder nicht. A. M.: OLG. **4** 244 (Kiel).

b) Meves, GoltdA. **46** 89/90 wendet sich gegen die Ansicht, nach der eine Zurückweisung des Bußeanspruchs wegen fehlenden Fundaments seitens des Strafrichters dem Zivilrichter bei der Entscheidung eines demnächst eingeklagten Entschädigungsanspruchs nicht präjudiziert, sowie, daß eine vorgängige rechtskräftige Entscheidung des Zivilrichters über einen Entschädigungsanspruch, sei sie verurteilend oder abweisend, für den Strafrichter ohne Bedeutung ist. Vgl. auch **RG. 5** 734, das den Strafrichter für befugt hält, den Bußeanspruch durch die Höhe der schon erlittenen Entschädigung für erledigt zu erachten.

7. Satz 2. Vgl. Fischer, 201—206, 317: Die Schadensbeseitigung nach § 249 Satz 2 ist eine modifizierte Naturalreparation, kein eigentlicher Fall des Geldersatzes. Der Gläubiger soll an Stelle des Schuldners die Herstellung vornehmen und die Kosten von dem Schuldner einziehen dürfen. Der dazu erforder-

liche Geldbetrag ist daher der für den Gläubiger notwendige Betrag. Werden die Kosten durch Herstellung seitens des Gläubigers besonders erhöht, so kann § 254 eingreifen. Der § 249 Satz 2 enthält eine fakultative Ermächtigung (facultas alternativa) des Gläubigers; über die prozessuale Durchführung derselben vgl. 205, 206. Da § 249 Satz 2 eine modifizierte Naturalreparation regelt, so ist die Anwendung dieser Vorschrift ausgeschlossen, wenn die Naturalreparation überhaupt nicht möglich ist. Es tritt dann Interesseersatz ein.

8. Anwendungsfälle (positiv).

a) Josef, Komm. z. Reichs- u. Preuß. FrGG. Anm. 6 III b zu § 32 und Zus. zu Art. 17: Ohne Rücksicht auf Verschulden haftet für Schadensersatz, wer eine in Angel. d. freiw. Gerichtsbarkeit ergangene, der sofortigen Beschwerde unterliegende Verfügung vor ihrer Rechtskraft vollstrecken läßt, falls die Verfügung demnächst im Beschwerdeweg aufgehoben wird; er handelt hier auf seine Gefahr, und es findet hier der im § 717 ZPO. ausgesprochene Grundsatz Anwendung.

b) Flügge, Recht des Arztes 72—73: Auch auf den Schaden, den Ärzte Kranken zufügen, finden §§ 249 ff. Anwendung. Er erläutert sie an dem Beispiel eines Panaritiums mit folgender Karbolvergiftung.

c) Josef, A.bürgR. **20** 47 (s. auch unten zu § 687 Abs. 2): Der Nichterfinder, der ohne Einwilligung des Erfinders eine Erfindung zum Patent anmeldet, ist nach §§ 249, 823 zur Zurückgabe der widerrechtlich entnommenen Zeichnungen, Modelle, Gerätschaften und Beschreibungen verpflichtet, mögen sie auch durch seine Tätigkeit wesentlich verändert sein. Er muß die Zurückgabe durch Übertragung des Patents vollziehen.

d) SächsOLG. **25** 167 ff.: Das vom Eigentümer eines Waldgrundstücks gegenüber einer Gemeinde geltend gemachte Verlangen, die auf seinem Grundstück in ungesetzlicher Weise begrabene Leiche eines Erhängten wieder ausgraben zu lassen und die Wiederherstellung des früheren Zustandes seines Grundstücks zu bewirken, stellt die nächste und ursprünglichste Form des Schadensersatzes dar und wird vom Rechtswege mit umschlossen.

9. Anwendungsfälle (negativ).

a) **RG. 51** 411, Seuff. A. **58** 102 (vgl. JDR. **1** zu § 251 a. E.): Die Wiederherstellung des früheren Zustandes ist keineswegs in allen Fällen als Schadensersatz aufzufassen, insbesondere nicht in dem des § 1004. Dies geht schon daraus hervor, daß die Verpflichtung zum Schadensersatz allemal ein Verschulden voraussetzt, der Eigentumsanspruch aus § 1004 dagegen nicht.

b) Ullmann, JW. **03** 234, Die Ansprüche der im Güterstande der Verwaltung und Nutznießung lebenden Ehefrau aus einer Körperverletzung, nimmt gegen Reinhard, R. **02** 583 an, daß, wenn der Mann in Erfüllung seiner Unterhaltspflicht die Heilung auf seine Kosten hat bewirken lassen, der der Frau erwachsene Schaden beseitigt ist. Schaden liegt begrifflich nur so lange vor, als die Heilung noch gar nicht bewirkt ist oder, wenn sie zwar bewirkt ist, aber der Verletzte zum Zwecke der Heilung Aufwendungen gemacht hat oder Verpflichtungen eingegangen ist. Deshalb muß, sobald die körperliche Integrität des Verletzten wiederhergestellt und auch die vermögensrechtlichen Nachteile nicht mehr vorhanden, dem Schädiger der Einwand offen stehen, daß ein Schaden nicht mehr vorhanden sei.

c) Über den Ersatzanspruch bei Schädigung städtischer Grundstücke durch Regenwasser s. **RG.** JW. **03** Beil. 89: Klage auf Abnahme des Regenwassers und event. Wiederherstellung nach § 249, nicht aber auf Ersatz der Wertverringerung.

10. Über das Verhältnis des § 249 zu den §§ 628 Abs. 2, 70 Abs. 2 HGB. s. u. zu § 628 (Lotmar).

§ 250. 1. Vgl. Fischer 213—218: Die Frist, welche der Gläubiger dem Schuldner zur Herstellung stellt, soll eine angemessene sein. Der Gläubiger braucht die Frist nicht konkret nach Tagen, Wochen usw. zu bestimmen, es genügt, wenn er dem Schuldner erklärt: „Ich bestimme dir hiermit eine angemessene Frist". Das Recht stellt allgemein, wo es Bestimmtheit, z. B. der Leistung fordert, der Bestimmtheit die Bestimmbarkeit gleich. Die „angemessene" Frist ist bestimmbar. Wäre sie nicht an sich leicht und genügend bestimmbar, so träfe bereits in erster Linie den Gesetzgeber ein Vorwurf, wenn er dem Gläubiger die Rechte des § 250 nur unter Voraussetzungen einräumte, welche sich objektiv nicht bestimmen ließen und doch von ihm bestimmt werden müßten. Es ist daher nicht abzusehen, warum der Gläubiger die Auslegung der Gesetzesworte „angemessene Frist", d. h. die Einfügung der individuellen Bestimmungsfaktoren in den objektiv bestimmbaren Begriff nicht sollte im Einzelfalle dem Schuldner überlassen dürfen, zumal der Schuldner diese individuellen Faktoren, insofern es sich darum handelt, in welcher Frist er die Herstellung bewerkstelligen kann, besser kennt als der Gläubiger (215, 216).

2. Langheineken 63: In allen Fällen, wo ein Gläubiger — wie in Satz 2 — zur Setzung einer angemessenen Frist befugt ist — (s. ferner §§ 283 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 2, 634 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 2 in Verb. mit §§ 283 Abs. 1, 325 Abs. 1 Satz 3, 323 Abs. 2) — entsteht mit Bestimmung der Frist der Ersatzanspruch als ein bloß bedingter. Das ergibt sich zunächst aus § 283 Abs. 1 (a. a. O. 85). Der Gläubiger braucht, nachdem ihm soeben der Schuldner rechtskräftig zur Bewirkung der geschuldeten Leistung verurteilt worden ist, nicht sofort noch obendrein einen mehr als bloß bedingten Anspruch zu erlangen dadurch, daß er dem Schuldner eine Frist setzt, binnen der die Erfüllung des judikatsmäßigen Anspruchs zu erfolgen hat. So ist auch in den anderen Fällen nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger nach und durch Stellung der Frist (oder gar schon mit Eintritt des Schadens) zwei Ansprüche, einen resolutivbedingten oder einen bedingt wirksamen, erlangen soll. (Näheres a. a. O. 85, 86.) Folglich kann z. B. bei der Sachlage des § 250 der Gläubiger nicht gleichzeitig den Anspruch auf Naturalrestitution und den Geldersatzanspruch im Klagewege verfolgen, auch wenn er seinerseits schon die Frist wirksam gesetzt hatte (a. a. O. 63).

§ 251. 1. Über Abs. 1 s. Fischer 206—210.

2. Josef, AbürgR. **20** 47: Führt der Schuldner arglistig den Eintritt der Verjährung herbei, — z. B. durch einen arglistig mit dem Vertreter des Gläubigers geschlossenen Erlaßvertrag —, so erfolgt die Wiederherstellung des Zustandes gemäß §§ 249, 251 durch Verzicht auf die Einrede der Verjährung oder durch Zahlung einer Geldentschädigung, d. h. durch Zahlung der eingeklagten Forderung.

3. § 251 II ist kein singulärer Satz des Schadensersatzrechts, sondern sollte überall da zur Anwendung kommen, wo Herstellung eines Zustandes verlangt werden kann: bei Ansprüchen aus Schuldverhältnissen, z. B. Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes der Mietsache nach § 536 (beim Werkvertrag ist das Prinzip des § 251 II im § 633 ausdrücklich anerkannt) und bei dinglichen Ansprüchen, z. B. der a. negatoria, wenn ein rechtswidriger Zustand besteht, der nur unter unverhältnismäßigen Opfern des Beklagten beseitigt werden kann. v. Tuhr, Iherings J. **46** 46 ff.

4. Fischer 210—213: Der § 251 Abs. 2 enthält eine alternative Ermächtigung des Schuldners. In obligatione ist die Naturalherstellung, in solutione

daneben die Geldentschädigung. Daher wird, wenn Ersatz für Nichtvermögensschaden zu leisten ist und der Schuldner die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen bewirken kann, derselbe nicht frei, selbst wenn die Voraussetzungen der §§ 253, 847, 1300 nicht gegeben sind. Er bleibt zur Naturalherstellung verhaftet und kann sich nur durch Geldersatz befreien. Schwierigkeit der Erfüllung steht prinzipiell der Unmöglichkeit nicht gleich, und wo eine Gleichstellung im einzelnen, sei es kraft positiver Vorschrift, sei es in analoger Anwendung solcher Vorschriften stattfindet, beruht dies nicht auf der Unmöglichkeitslehre, sondern auf dem allgemeinen in § 242 niedergelegten Prinzipe der Billigkeit. Bei dem Nichtvermögensschaden spricht aber gerade die Billigkeit für eine Beibehaltung der Beseitigungspflicht.

Über die prozessuale Gestaltung der facultas alternativa debitoris im § 251 Abs. 2 vgl. 211 ff.

5. Kisch, KrVSchr. **44** 509 ff. nimmt gegen Titze an, daß in den §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2 Satz 2, 948 Abs. 2 nicht wirkliche Unmöglichkeitsfälle behandelt sind. In Wirklichkeit erläßt der Gesetzgeber die bezeichneten Leistungen dem Schuldner trotz ihrer an sich noch vorliegenden Möglichkeit.

§ 252. 1. Burckhardt 496 ff.: Nur durch die richtige Handhabung der Kausalzusammenhangsgesetze läßt sich eine Grenze finden. Diese mechanische starr einförmige Bemessung des Interesses betrachtet das Problem nur vom Standpunkte des Verletzten, den älteren Rechten war solche einseitige Gradlinigkeit fremd. Vom Standpunkte des Verletzten aus ist die Abstufung nach dem Kulpamomente psychologisch berechtigt, ein aus leichtem Versehen zugefügter Schaden wird meist leichter empfunden als ein dolos oder grobfahrlässig zugefügter, aber auch pädagogisch ist die Berücksichtigung der Grade des Verschuldens am Platze.

2. Satz 2. a) Fischer 49—76: Der Gesetzgeber will nicht verlangen, daß das schädigende Ereignis mit absoluter Sicherheit für das Entgehen des Gewinns kausal gewesen ist, sondern erfordert nur, daß dies nach der ex post-Beurteilung als objektiv wahrscheinlich erscheint. Die Worte: „als entgangen gilt der Gewinn, welcher . . . mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte" sollen nicht das Erfordernis irgendwie gearteter Voraussehbarkeit des entgangenen Gewinns aufstellen, sondern drücken lediglich den irrealis aus, welcher sich für das Eintreten des Gewinns aus der Dazwischenkunft des schädigenden Ereignisses ergibt. Stellt sich daher nachträglich als sicher heraus, daß der Erwerb, welcher an sich erwartet werden konnte, doch nicht gemacht worden wäre, so ist ebensowenig von entgangenem Gewinne die Rede, wie ein Vorliegen desselben nicht bezweifelt werden darf, falls ein Vorteil, welchen man anfangs als wahrscheinlich nicht erwarten konnte, nach der späteren Entwickelung der Tatsachen sicher eingetreten wäre ohne die Schadenshandlung. Nur wenn keiner dieser beiden Fälle vorliegt — und oft läßt sich eben eine sichere Feststellung, wie sich ohne Eintreten des schädigenden Ereignisses der Lauf der Dinge gestaltet haben würde, gar nicht treffen —, will der § 252 Satz 2 eingreifen und dem Richter für die Abschätzung des entgangenen Gewinns eine Direktive geben (69 ff., gegen Planck u. a.).

b) Eine Gewinnchance als solche wird im Schadensersatzrecht als entgangener Gewinn nicht gewertet. Die Möglichkeit bedeutenden Gewinns, verbunden mit geringer Wahrscheinlichkeit, und die Möglichkeit geringen Gewinns, verbunden mit großer Wahrscheinlichkeit seines Eintretens, können sich ökonomisch als gleichwertige Gewinnchancen darstellen. Das Gesetz berücksichtigt als entgangenen Gewinn nur die letztere Chance (54).

c) Nicht erfordert wird, daß der Verletzte bereits ein subjektives Recht auf den entgangenen Erwerb besaß, bzw. daß für ihn durch die Schadenshandlung der unmittelbare Erwerb eines Rechtes vereitelt ist (63—68).

d) Über die Kriterien „gewöhnlicher Lauf der Dinge" und „besondere Umstände, insbesondere getroffene Anstalten und Vorkehrungen" im § 252 Satz 2 und ihre Bedeutsamkeit für die Beweislast im Schadensprozesse vgl. 61, 62. Eine allgemeine Anwendung der abstrakten handelsrechtlichen Schadensberechnung auf bürgerliche Rechtsverhältnisse ist unzulässig. Denn die den Normen des bürgerlichen Rechtes unterfallenden Vermögensverhältnisse setzen keineswegs einen weiteren Umsatz der Güter als selbstverständlich voraus. Im Handelsrechte ist freilich der Wille des Kaufmanns zu veräußern selbstverständlich, und die Verkäuflichkeit jeder im Handelsverkehr angeschafften Ware wird präsumiert. Was aber im Handelsverkehre „dem gewöhnlichen Laufe der Dinge" entspricht, muß erst im bürgerlichen Verkehre durch „besondere Umstände" gerechtfertigt werden (59, 60 Note 15, gegen Cosack, BR. I § 130, Endemann, BR. I 937 Note 20, Kisch, Unmöglichkeit 132 Note 23).

Vgl. ferner zu § 842.

3. Hellmann, KrVSchr. **44** 63 nimmt gegen Planck mit Endemann und Matthiaß an, daß § 252, abgesehen von dem nachweisbar entgangenen Gewinn, auch den wahrscheinlich entgangenen Gewinn entschädigt wissen will.

4. Aus der Rechtsprechung.

a) OLG. Breslau, R. **03** 290: Bei dem infolge Nichtlieferung verlangten Gemeinschaden bleibt die Möglichkeit eines Geschäftsverlustes außer Berechnung. Dagegen sind die verhältnismäßigen allgemein üblichen Ausgaben und Handlungsunkosten abzuziehen.

b) GewGer. **6** 9ff. (Mannheim): Baum, Handbuch 138ff. erklärt bei Kellnerinnen das Trinkgeld für einen Bestandteil des Lohnes, indem je nach der Höhe der erfahrungsgemäß eingehenden Trinkgelder die Höhe des vom Wirte zu zahlenden Geldlohns bestimmt werde, die Kellnerinnen bisweilen auch ausschließlich auf den Bezug des Trinkgeldes angewiesen seien. Deswegen ist der schadensersatzpflichtige Dienstherr verurteilt worden, der grundlos Entlassenen diejenigen Beträge zu bezahlen, die sie während der 14tägigen Kündigungsfrist an Trinkgeldern mit Sicherheit verdient hätte.

c) Über die Anwendung des § 252 auf einen einem Forstgrundstücke zugefügten Wildschaden s. PrOVG. **42** 274ff. (Verwertung der beschädigten Fichten als Zier- oder Weihnachtsbäume) und unten zu § 254 Note 12 b.

§ 253. 1. a) Burckhardt 475ff. tritt für den Fall ernstlicher Verletzung physischen und psychischen Wohlbehagens mit eingehenden Gründen für den Ersatz immateriellen Schadens ein; es handle sich hier nicht um Strafe oder Ersatz, sondern um ein Drittes, um Satisfaktion, d. h. psychologische Genugtuung mittels eines realistischen Zusatzes, um „Ergötzung" (483).

b) Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse, 120, A.zivPr. **92** 64—65. Das Schadensersatzrecht des BGB. hat die eine nicht unwesentliche Lücke, daß u. U. die Wiederherstellung ausgeschlossen sein kann, eine Entschädigung in Geld aber nicht gefordert werden darf. Entschädigung in Geld hätte für jeden Fall wenigstens subsidiär Platz greifen müssen, unter dem Gesichtspunkt Iherings, daß dem Gelde nicht bloß Äquivalentfunktion, sondern auch eine Satisfaktionsnatur innewohnt.

2. Vgl. Fischer 3f., 260ff.: Der Nichtvermögensschaden ist Schaden im Rechtssinne so gut, wie der Vermögensschaden. Die „zum Schadensersatze verpflichtenden Umstände" sind beim Nichtvermögensschaden keine anderen als beim

Vermögensschaden. Nur in der Beseitigungsart ist durch § 253 eine Beschränkung für den Nichtvermögensschaden statuiert: es findet Geldersatz nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen statt. Die Naturalreparation ist dagegen für beide Schadensgruppen die gleiche. An keiner Stelle sagt das Gesetz, daß sie bei dem Nichtvermögensschaden weniger gefordert werden könne. Die Naturalreparation ist aber vielfach wegen der eigenartigen Natur des Nichtvermögensschadens unmöglich. Da nun alsdann ein Übergang zum Geldersatz, wie er beim Vermögensschaden nach § 251 Abs. 1 ohne Ausnahme erfolgt, hier nach § 253 ausgeschlossen ist, so enthält tatsächlich der § 253 eine sehr erhebliche Einschränkung des Schutzes immaterieller Rechtsgüter gegenüber den Vermögensgütern (315, 316). Vgl. ferner zu §§ 847, 1300. —

3. SächsOLG. **25** 172: Unter Schaden ist begrifflich auch derjenige, der nicht Vermögensschaden ist, zu verstehen. Nach § 847 ist der Anspruch auf Gewährung eines Schmerzensgeldes begründet. In gleichem Umfang ist der Begriff des Schadens in den Unfallversicherungsgesetzen zu verstehen; zu ihm gehört also auch das Schmerzensgeld.

§ 254. 1. Grundlegung. a) Gottschalk 53 ff. (s. auch o. zu § 122 Note 2 b): Das BGB. hat den Gedanken einer Kulpakompensation aufgegeben und sich dem Gedanken einer Abwägung angeschlossen, wobei es aber nach seinem Wortlaut auf eine Abwägung des Ursachenverhältnisses ankommen soll. Indessen wird die Praxis mit dieser Lehre in der ihr vom BGB. gegebenen Gestalt nichts anfangen können. Meist wird man das beiderseitige Verschulden zugrunde zu legen haben und es miteinander abwägen müssen, um dann festzustellen, welcher Teil den Schaden vorwiegend verursacht hat. Man kann dies aus dem Grunde, weil Verschulden und Verursachen in gewissen Beziehungen zueinander stehen (vgl. 99 ff.). In Fällen der reinen Kausalhaftung wird man, wie auch **RG. 51** 278 es getan hat (vgl. IDR. **1** Note 4 Abs. 2, DIZ. **03** 177), auf der einen Seite das Verschulden des Verletzten mit dem Verursachen auf der anderen Seite abzuwägen haben.

b) Von einem „Mitwirken" des Beschädigten kann nur dann die Rede sein, wenn die betreffende Handlung eine neue selbständige Kausalreihe herbeiführt. Das Mitwirken ist eine Art der „Mitursache" (65 ff.).

c) In seinen Untersuchungen über den Begriff des eigenen Verschuldens kommt der Verfasser zu folgenden Sätzen (83):

α. Das Unterscheidungsmerkmal des eigenen Verschuldens von dem Verschulden gegen andere liegt in dem Umstande, daß es sich in seinen Wirkungen auf den eigenen Rechtskreis des Beschädigten erstreckt und die Geltendmachung des selbstverschuldeten Schadens ausschließt, mag es sich nun um obligatorische oder Deliktsverhältnisse handeln.

β. Das eigene Verschulden verletzt außer dem eigenen Rechtskreis auch Rechts- bzw. Verkehrspflichten gegen den Schädiger, es enthält eine Mißbilligung des Verhaltens vom eigenen und auch vom fremden Interessenstandpunkte.

γ. Es ist vom Verschulden gegen andere nicht seinem inneren Wesen nach verschieden; es verlangt insbesondere nicht Voraussehbarkeit des Schadens; dagegen setzt es die Deliktsfähigkeit voraus und ist ausgeschlossen bei nur objektiver Rechtswidrigkeit (s. auch unten Note 6 b).

δ. Es ist insofern weiter greifend als das Verschulden gegen andere, als es einen abgeschwächten technischen Sinn haben kann, der sich in einem Verstoße gegen Treu und Glauben äußert.

Ob sich das Verschulden des Beschädigten als ein Verstoß gegen zivilrechtliche oder strafrechtliche Vorschriften darstellt, ist gleichgültig (83). Die im § 276 aufgestellten objektiven Kriterien der Fahrlässigkeit reichen für das eigene

Verschulden nicht aus, hier wird Gewicht auf den subjektiven Gesichtspunkt (Lebensstellung usw.) zu legen sein (86f.).

2. v. Leyden, Die sogen. Kulpa-Kompensation im BGB. — s. auch schon IDR. 1 Noten 1, 5, 6.

I. Allgemeines: Der Tatbestand des § 254 ist gegeben, wenn der eingetretene Schaden (a) in Kausalzusammenhang (b) steht einmal mit einem zum Ersatze verpflichtenden Verhalten des Schädigers (c) und ferner mit einem schuldhaften (d) Verhalten des Beschädigten.

a) Der eingetretene Schaden ist die endgültige Vermögensdifferenz (46).

b) Kausalzusammenhang (s. auch oben zu § 249 Note 3): Im BGB. ist die Theorie der sogen. „adäquaten Verursachung vom Standpunkte der objektiven nachträglichen Prognose" anerkannt (9, 14, 19).

Hierdurch wird in bezug auf die kausale Wirkung das positive Tun dem Unterlassen gleichgestellt (16, 19, 75).

c) Die Ersatzpflicht kann ebensowohl auf kontraktlichem oder deliktischem Verschulden beruhen oder auf einer vom Verschulden unabhängigen obligatio ex lege (84).

d) Dieses sogen. „eigene Verschulden" unterscheidet sich von dem Verschulden im technischen Sinne darin, daß an die Stelle der bei diesem erforderlichen Rechtswidrigkeit eine Ordnungswidrigkeit in eigenen Angelegenheiten tritt (67).

Für diese Ordnungswidrigkeit sind ähnliche Ausschließungsgründe vorhanden, wie für die Rechtswidrigkeit (68, 69).

e) Gleichgültig ist, ob das schuldhafte Verhalten des Beschädigten zeitlich vor, gleichzeitig mit oder zeitlich nach dem zum Ersatze verpflichtenden Verhalten des Schädigers eintritt (46, 77).

II. Einzelheiten.

a) „mitgewirkt".

Immer kann man sagen, daß das Verschulden des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, sofern nur der endgültig eingetretene Schaden in Kausalzusammenhang steht mit dem schuldhaften Verhalten des Beschädigten (46).

b) „verursacht worden ist".

Dieser, erst von der Kommission für die zweite Lesung ohne jede Begründung eingeführte, Ausdruck (39, 40) entspricht nicht der ratio legis und widerspricht geradezu der sonst im BGB. anerkannten Theorie vom Kausalzusammenhang. An seine Stelle ist sinngemäß zu setzen: „verschuldet worden ist" (53).

3. Meumann 147/148 bemerkt gegen Windscheid-Kipp (§ 258), daß das konkurrierende Interesse des Verpflichteten bei arglistigen und unerlaubten Handlungen keine Berücksichtigung verdient; denn das Interesse des Handelnden an der Vornahme derselben kann als ein schutzwürdiges nicht in Betracht kommen. Bei arglistigen Handlungen muß der Handelnde haften, wenn es dem Verletzten bei Anwendung von Sorgfalt möglich gewesen wäre, den Schaden zu vermeiden, aber auch dann, wenn er ohne besondere Anstrengung hätte vorbeugen können. Nur dann muß er haftfrei ausgehen, wenn auch ohne seine Arglist infolge des Verhaltens des Verletzten der Schaden eingetreten wäre. Ist aber die Handlung keine arglistige und enthält sie auch selbst keine Rechtsverletzung, so muß der Vermögensinhaber allerdings mit der Pflicht belastet werden, soweit ihm dies möglich ist, für den Schutz seines Vermögens zu sorgen, und soweit darf sich der Handelnde regelmäßig darauf verlassen, daß er seiner Pflicht nachkommen werde (150). Insoweit liegt dann auch keine Pflichtverletzung auf seiten des Handelnden und folgerecht auch kein Verschulden vor; denn Verschulden

ist Pflichtverletzung (151). Die Brinz-Dernburgsche Auffassung von der beiderseitigen Schuld, von der „Hauptschuld“ auf der einen Seite ist verfehlt; Abstufungen einer und derselben Pflicht gibt es nicht. Auf sie ist der § 254 zurückzuführen (152). Gegen Planck, dem er sich im ganzen anschließt, bemerkt er, daß er den Fall nicht entscheide, wo sich culpa levis und culpa levis gegenüberstehen, wo der Schaden bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Menschen von der einen oder anderen Seite hätte vermieden werden können. Hier müßte nach Brinz und Dernburg der Verletzte die Hälfte des Schadens ersetzt bekommen. Allein § 254 stehe der richtigen Interpretation nicht im Wege; man dürfe nicht nach einem Hauptschuldigen suchen. Die Lösung könne nur die sein: Wenn z. B. dem Arbeiter A, der unter Leitung eines Ingenieurs B die Montage einer Maschine ausführt, weil B nicht alle Regeln seiner Kunst bei seinen Anordnungen beobachtet und auch A unaufmerksam ist, ein Bein zerquetscht wird, so ist B allein verantwortlich, sobald der Schaden eingetreten wäre, auch wenn A achtgegeben hätte, obschon A ihn mit verursacht hat. Hätte A dagegen bei Anwendung von Sorgfalt den Schaden vermeiden können, de se queri debet; hätte aber bei Achtsamkeit des B der Schaden nicht den Umfang angenommen, so ist dieser für die Differenz ersatzpflichtig (153, 154).

4. Burckhardt 515 ff. über den Einfluß der Einwilligung des Verletzten auf die Entstehung der Ersatzverbindlichkeit. Die fürs Strafrecht erkämpfte Errungenschaft betreffend die im Einzelfalle zu bemessende Veräußerlichkeit oder Unveräußerlichkeit des in Frage stehenden Rechtsguts ist für das Zivilrecht festzuhalten. Nur soweit sich ohne Verletzung bestimmter Rechtsnormen oder der guten Sitte durch Rechtsgeschäft über die eigene Rechtssphäre verfügen läßt, reicht auch im Schadensersatzrechte der Einfluß der Einwilligung des Beschädigten auf die Rechtswidrigkeit. Doch ist damit die Frage nicht erledigt; die Einwilligung kann im Täter z. B. einen das Verschulden ausschließenden Irrtum erregen, auch als Mitverschulden in Frage kommen, auch Bedeutung für die Drittansprüche nicht wirksam einwilligender mittelbar Verletzter gewinnen; solche Drittansprüche sind wohl nur Nebenwirkungen der gegen den unmittelbar Verletzten begangenen unerlaubten Handlung und davon abhängig, daß dem unmittelbar Verletzten gegenüber eine unerlaubte Handlung vorliegt.

Danach tut der Gesetzgeber gut daran, zu schweigen.

5. Beschädigter, Verletzter.

Böthke, Gruchots Beitr. **47** 184 wirft v. Weinrich, Haftpflicht (85) vor, daß er nicht zwischen dem Beschädigten und Verletzten unterscheide.

RG. 54 409 ff., JW. **03** Beil. 90: Der Beschädigte ist derjenige, der einen Vermögensschaden erlitten hat und dafür Ersatz fordert. Der Vater eines sechsjährigen verletzten Kindes verlangt aber Schadensersatz nicht aus eigenem Rechte, sondern als gesetzlicher Vertreter seines Sohnes. Gegenüber dem Anspruche des Sohnes kann sich der Schädiger auf ein etwaiges Verschulden des Vaters nicht berufen.

RG. 55 24 ff., insbes. 28 ff., JW. **03** Beil. 86: § 254 findet auch auf das Verhältnis zwischen dem nach § 844 oder § 845 Ersatzberechtigten und dem Schadensersatzpflichtigen hinsichtlich eines mitwirkenden Verschuldens des ersteren Anwendung, da auch dieser als „Beschädigter“ anzusehen und § 254 nicht durch positive Gesetzesvorschrift ausgeschlossen ist. (Es wurde geltend gemacht, daß bei rechtzeitiger ärztlicher Hilfe der Tod des Verunglückten nicht eingetreten wäre.) Allerdings muß der Tatbestand der unerlaubten Handlung gegenüber dem unmittelbar Verletzten vorliegen. Im übrigen sind jedoch die Schadensersatzansprüche der dritten mittelbar verletzten Personen ihrem rechtlichen Charakter nach selbständig in der Person dieser Geschädigten von vornherein entstandene, von

dem Rechte des unmittelbar Verletzten unabhängige und seiner Verfügung entzogene Ansprüche. § 254 unterscheidet nicht zwischen unmittelbar und mittelbar Geschädigten. § 254 findet daher auf § 846 Anwendung, wenn entweder dem Unterhaltsberechtigten selbst oder dem Getöteten ein eigenes Verschulden zur Last fällt. Es wäre auch unbillig und dem Rechtsgeschäfte widersprechend, von einem Dritten Ersatz für Schaden zu fordern, den man selbst verursacht hat, oder den man hätte verhüten können und sollen.

6. Verschuldung und Verursachung. Art und Maß.

a) **RG. 54** 13 ff.: Der § 735 Abs. 2 HGB. ist dem § 254 Abs. 1 nachgebildet. Die Absicht dieser Bestimmung geht allgemein dahin, daß der vorzugsweise maßgebende Umstand das Kausalverhältnis sein soll. Bei der Anwendung dieser Bestimmung (des § 735) wird aber regelmäßig die Frage nach dem Maße der beiderseitigen Verursachung mit der Frage nach der Schwere des beiderseitigen Verschuldens zusammenfallen. S. auch u. Note 12f.

Rönnberg, Goldschmidts Z. **52** 633 findet die Bemerkung v. Weinrichs zu seiner Haftpflicht (1902) 87, — s. auch IDR. **1** zu § 254 Note 4, — der Wortlaut des § 254 deute darauf hin, daß für Ersatzverpflichtung und Umfang die Verursachung des Schadens, nicht auch der Grund des Verschuldens auf der einen oder anderen Seite von Bedeutung sei, unbegründet.

RG. IW. 03 Beil. 121: § 254 ist nicht nur auf positive Eingriffe anwendbar. Gerade bei Nichterfüllung der auf ein Tun gerichteten Verpflichtungen kann für den Berechtigten dringender Anlaß gegeben sein, einer Ausdehnung des aus der Unterlassung des Schuldners entstehenden Schadens vorzubeugen, wie z. B. dann, wenn er, ohne seinem Anspruch etwas zu vergeben, sich Ersatz für die ausbleibende Leistung des Schuldners verschaffen kann, während etwa der Schuldner, der die Leistung aus Rechtsgründen ablehnt, sich durch die Leistung vielleicht ein Präjudiz schaffen würde.

b) **RG. 54** 410, 411 nimmt gegen Endemann an, daß Kindern unter 7 Jahren die deliktische Handlungsfähigkeit (§§ 276, 828) abgeht. Es müßte im § 254 eigentlich heißen: „hat eine schuldvolle Handlung des Beschädigten mitgewirkt".

S. auch **RG. IW. 03** Beil. 122, wo noch besonders betont wird, daß § 829 wegen seines singulären Charakters keine analoge Anwendung auf § 254 verträgt. — S. ferner **RG.** ebenda 123 Nr. 272, 134 Nr. 297 (Einzelfälle).

A. M. Bienenfeld, Seuff. Bl. **03** 489 ff.: „Eigenes Verschulden" oder „Mitverschulden" des Verletzten kann auch trotz dessen zivilrechtlicher Unverantwortlichkeit Ersatzansprüche ausschließen oder einschränken. Unerläßliche Voraussetzung der Schadensersatzpflicht bildet die Verursachung des Schadens, wozu häufig, aber nicht überall das Erfordernis der Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit tritt. Da diese ein rechtliches Moment, die Verursachung aber einen rein äußerlichen, tatsächlichen Vorgang darstelle, so scheidet der Gesichtspunkt der Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit der Verursachung bei dem Unzurechnungsfähigen als solchem aus; doch in bezug auf die Schadensverursachung muß der Fall, daß jemand seine eigene Verletzung verursacht hat, von dem, daß ein anderer beschädigt worden ist, unterschieden werden. Hat der Verletzte selbst die Schädigung verursacht, so haftet der Dritte für den Schaden wegen fehlenden Kausalzusammenhanges nicht.

Bienenfeld a. a. O.: Auch bezüglich des § 1 des Haftpflichtgesetzes ist der Begriff des „eigenen Verschuldens" im Sinne einer bloß tatsächlichen, nur objektiven, nicht auch noch subjektiven, also nicht auf die rechtliche Zurechnungsfähigkeit Rücksicht nehmenden Auffassung zu begreifen. Es ist derselbe tatsächliche Vorgang, ob ein dem Irrenhaus entsprungener Geisteskranker sich plötzlich einem

daherfahrenden Eisenbahnzug entgegenwirft und getötet wird, oder ob der Vorgang einen zurechnungsfähigen Lebensüberdrüssigen betrifft. In beiden Fällen ermangelt die tatsächliche Verursachung auf seiten des Betriebs.

Auch im BGB. § 254 kann, wie der Nachsatz zeigt, im Vordersatze unter „Verschulden" nur die tatsächliche „Verursachung" gemeint sein, wie überhaupt die Terminologie nicht konsequent ist. Hierfür spricht auch die Regelung in den §§ 701, 833 (s. u. zu §§ 701, 833). In den Fällen des konkurrierenden Verursachens liegt eben nur eine Abschwächung der Kausalität, eine Kausaldürftigkeit vor; die zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsfragen können den objektiven tatsächlichen Vorgang nicht berühren. — S. ferner über diese Fragen oben Note 1 unter c γ (Gottschalk) und JDR. **1** zu § 254 Note 3 Abs. 2 Note 4.

c) Bei konkurrierendem Verschulden des Beschädigten ist zu würdigen, inwieweit der Beschädigte den Schadensumfang, nicht inwieweit er die Gefahr durch sein Verhalten vermehrt hat. **RG.** JW. **03** Beil. 32.

7. Abs. 2.

a) Allgemeines.

Gottschalk 88ff.: Was die im § 254 Abs. 2 behandelten Fälle anlangt, so soll durch sie eine Fürsorgepflicht des Beschädigten zugunsten des Schädigers angenommen werden. Im einzelnen ist hierzu zu bemerken, daß der zuerst geregelte Fall der Anzeigepflicht nicht nur innerhalb der Schuldverhältnisse, sondern auch bei außerkontraktlichen Schädigungen Anwendung finden kann. Aus dem Umstande, daß von einem Schuldner die Rede ist, kann das Gegenteil nicht gefolgert werden, da unter „Schuldner" hier der Schadensersatzschuldner und nicht der Schuldner des Obligationsverhältnisses zu verstehen ist. Was den zweiten Fall der Unterlassung der Abwendung des Schadens anlangt, so fällt hierunter auch das unterlassene Vorbeugen des Schadens. Denn auch das Vorbeugen enthält Abwendungshandlungen.

b) Einzelheiten.

α. „unterlassen hat."

Eine ausdrückliche Betonung des im BGB. festgehaltenen Prinzips, welches keinen Unterschied macht zwischen der kausalen Wirkung des positiven Tuns und des Unterlassens. v. Leyden 75, 76.

β. „aufmerksam zu machen."

Diese Anzeigepflicht gilt auch für die Fälle nicht kontraktlicher Ersatzpflicht. v. Leyden 78.

γ. „abzuwenden oder zu mindern."

Eine eigene Tätigkeit ist dann von dem Beschädigten zu verlangen, wenn ihre Unterlassung ordnungswidrig wäre. v. Leyden 76.

δ. Böthke, Gruchots Beitr. **47** 181 wirft die Frage auf, ob sich die Abwendungsverpflichtung auch auf die Verletzung erstreckt? Wenn jemand weiß, daß ihm auf dem Wege, den er zu nehmen hat, von anderen in gewalttätiger Weise aufgelauert wird, begeht er dann ein Verschulden dadurch, daß er die Gefahr unbeachtet läßt und den möglichen kleinen Umweg nicht wählt? Böthke verneint die Frage unbedenklich. „Abgewendet" kann nur ein in seinen tatsächlichen Voraussetzungen schon vorhandener Schaden werden. Abwendung des Schadens bedeutet Unschädlichmachung der Schadensursache, — hier der Verletzung, — die also bereits eingetreten sein muß.

c) Das mitwirkende Verschulden ist, wenn erwiesen, von Amts wegen zu berücksichtigen (v. Leyden 82).

d) Über die Beweislast v. Leyden 82—84.

8. Operationspflicht des Verletzten.

a) v. Weinrich a. a. O. 98: Abs. 1 findet nur auf das Haftpflicht-

recht — s. o. zu § 249 Note 3c unter δ — Anwendung, dagegen ist Abs. 2, insofern der Versicherte verpflichtet ist, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, auch auf die Unfallversicherung zu beziehen. Demgemäß hat der Versicherte auch eine Operation zu dulden; ob alle Operationen, ist zweifelhaft. Auch gefährlichen Operationen muß er sich unterziehen, nur nicht besonders schmerzhaften oder solchen auf Leben und Tod. —

Auch bei der öffentlichen-rechtlichen Unfallversicherung ist der Versicherte verpflichtet, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, aber diese Verpflichtung ist dem § 254 gegenüber eine ganz minimale. Vgl. z. B. § 23 Abs. 2 Gew.Unf.Vers.Ges. und dessen Nachbildungen. Zur Duldung einer Operation ist der Verletzte nicht verpflichtet (99/100).

b) LG. Mainz, HessRspr. **4** 36ff. gibt den Standpunkt des Reichsversicherungsamts dahin wieder, daß niemand verpflichtet ist, Operationen an sich vornehmen zu lassen, die in den Bestand und die Unversehrtheit des Körpers eingreifen oder die nicht ohne Lebensgefahr, namentlich nicht ohne künstliche Betäubung vorgenommen werden können, und erklärt den Verletzten nur für gehalten, zur möglichst erfolgreichen Durchführung des Heilverfahrens mitzuwirken, z. B. die ordentliche Wundbehandlung zu gestatten, sich Verbände anlegen zu lassen, die verordnete Medizin zu nehmen, sich einer gebotenen Massage zu unterwerfen, unter Umständen auch Apparate zu gebrauchen und innerhalb dieser Grenzen zur Erreichung des Heilzwecks ein gewisses Maß von Schmerzen zu erdulden, alles dies aber nur während der Dauer des eigentlichen Heilverfahrens, das alle diejenigen Maßnahmen umfasse, die von sachverständiger Seite für erforderlich erachtet wurden, um einen dem normalen möglichst gleichkommenden Zustand des Verletzten herbeizuführen. Allein der Erfolg einer, wenn auch anscheinend gefahrlosen, Operation sei selbst für den geschicktesten Arzt nur wahrscheinlich, und ein Mißerfolg, ja sogar eine Verschlechterung liege im Bereiche der Möglichkeit, da oftmals Zufälligkeiten mitspielen, die sich im einzelnen nicht voraussehen ließen. —

Dagegen gehe der Standpunkt des Reichsgerichts dahin, daß zwar niemand unbedingt sich allen Operationen zu unterziehen habe, die zu seiner vollständigen oder möglichst vollständigen Heilung führen können; indessen müsse der Verletzte alles, was in seinen Kräften stehe, tun, insbesondere die von der Wissenschaft an die Hand gegebenen Heilmittel benutzen; sein Verhalten müsse dem eines vernünftigen Menschen entsprechen; dies gelte auch hinsichtlich einer Operation, bei der einerseits die Erheblichkeit des Übels, dem abgeholfen oder vorgebeugt werden solle, andererseits die Gefährlichkeit des Eingriffs abgewogen werden müsse, wobei aber Gefahren, die nur in der Einbildung des Verletzten beruhen, nicht in Betracht zu ziehen seien, sofern nicht diese Einbildung die Gefahr für Leben und Gesundheit erhöhe und den Erfolg in Frage stelle. Vgl. Rudeck, Medizin und Recht 43ff.

Im Anschluß an diese Ansicht ist gleichwohl die Operationspflicht in einem Haftpflichtfalle verneint worden, wo der Beklagte die Operation mit Rücksicht darauf forderte, daß die Gebrauchsfähigkeit des Beines infolge der schlechten Beschaffenheit des Stumpfes und der Wunden völlig aufgehoben sei, durch eine ungefährliche, nur kurze Zeit dauernde Nachoperation sich aber eine Besserung des Zustandes und eine Erhöhung der Arbeitskraft erreichen lasse, aus folgenden Gründen: α. Der ärztliche Eingriff habe nicht den Zweck, einer Verschlimmerung vorzubeugen, sondern eine Verbesserung herbeizuführen. β. Die Ungefährlichkeit der Operation sei nicht mit Sicherheit dargetan, ebensowenig, daß sie den erwarteten Erfolg haben werde; bei diesem letzteren Moment komme in Betracht, daß es nicht angängig sei, dem Verletzten anzusinnen, seinen Wohnsitz zu ver-

legen, etwa in eine Stadt, um sich dort eine Erwerbsgelegenheit zu verschaffen, deren Erlangung durchaus unsicher sei.

c) Fuld, Operationspflicht und Erwerbsfähigkeit, Mschr. f. soz. Medizin **03** 97 ff., unterscheidet als „Operationen im eigentlichen Sinne" die Eingriffe und die Unversehrtheit oder den Bestand des Körpers, Vornahme von Handlungen, die mit einer Chloroformierung oder Narkotisierung u. dgl. m. verbunden sind, von solchen Behandlungsarten, in welchen niemand eine eigentliche Operation erblickt, wie Einschnitt in ein Geschwür, ordnungsgemäße Wundbehandlung usw.

Nur die ersteren kommen in Betracht. Ihre Behandlung gestaltet sich verschieden für das öffentlich-rechtliche Versicherungsrecht und das Zivilrecht.

Für das Gebiet der sozialpolitischen Versicherungsgesetzgebung stimmt er der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts, die die Operationspflicht verneint, vollkommen zu. Dieser Rechtszustand hat auch weder durch den § 23 Abs. 1 des Gew.Unf.Vers.Ges. noch durch § 24 des Landw.Unf.Ges., die sich überhaupt nicht auf die Operation beziehen, eine Änderung erlitten. Der Versicherte ist nach wie vor verpflichtet, die ihm verordnete Arznei zu nehmen, sich massieren zu lassen, gymnastische Bewegungen zu machen, den ihm angelegten Verband an seiner Stelle zu belassen u. dgl. m., nicht aber eine, wenn auch noch so gefahrlose Operation an sich vornehmen zu lassen.

Anders liegt die Frage im Zivilrechte. Mit Recht werden vom RG. nicht die für das öffentlich-rechtliche Versicherungsrecht gewonnenen Ergebnisse auf das Zivilrecht übertragen. Ungerechtfertigt ist die Weigerung, wenn unter besonderer Berücksichtigung der Individualität des Patienten dieselbe nach pflichtmäßigem Ermessen des Arztes ohne Gefahr für Leib oder Leben durchgeführt werden kann, wenn dem Patienten nur das Maß von Schmerzen verursacht wird, dessen Ertragung ihm mit Rücksicht auf den Erfolg wohl zugemutet werden kann. Auf imaginäre Gefahren braucht an sich zwar keine Rücksicht genommen zu werden; doch wenn die Furcht des Patienten vor ihnen so groß ist, daß mit ihr als einem bei der Operation in Betracht kommenden Momente gerechnet werden muß, so können sie als ein die Weigerung rechtfertigendes Moment in Betracht kommen. Gefordert muß werden: sicherer Ausschluß der Gefahr für Leib und Leben und bestimmte Aussicht auf Erfolg, so daß die Zahl der als ungerechtfertigt zu erachtenden Weigerungen in der Praxis nur sehr klein sein kann. — Diese Sätze gelten für Operationen, welche im Verlaufe des ordentlichen Heilverfahrens erforderlich werden, um der Erwerbsunfähigkeit vorzubeugen, dann aber auch für solche, die nach dem Abschlusse des Heilverfahrens behufs Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit in Betracht kommen. —

Bei Personen, welche der Geschäftsfähigkeit entbehren, tritt an Stelle ihrer Einwilligung die des gesetzlichen Vertreters; sie müssen daher die unberechtigte Weigerung des Vertreters auch gegen sich gelten lassen (§ 278). Doch ist zu beachten, daß sich aus der Berücksichtigung der unentwickelten geistigen und körperlichen Kräfte des Kindes ergibt, daß in diesen Fällen nur ausnahmsweise die Operationsweigerung des gesetzlichen Vertreters eines Kindes oder sonstigen Geschäfsunfähigen als ungerechtfertigt erachtet werden kann. —

Eine besondere gesetzliche Regelung hält der Verfasser nicht für notwendig.

d) S. über die Frage ferner JDR. **1** zu § 254 Note 6, vorletzten Absatz.

9. Verhältnis des § 278 zu § 254 Abs. 2 Satz 2.

a) Gottschalk 119 ff.: Die Verpflichtungen des § 254 Abs. 2 bestehen bei vertraglichen und außervertraglichen Verhältnissen gleicherweise. Die Verpflichtung zur Minderung des Schadens z. B. ist eine Verbindlichkeit im Sinne des § 278. Es kommt nicht darauf an, ob sie aus einem Vertragsverhältnis oder einem Delikt entspringt. Sie ist daher eine einheitlich festgestellte Ver-

bindlichkeit. Daraus folgt, daß im Falle des § 254 Abs. 2 der § 278 auch dann entsprechende Anwendung finden kann, wenn das der Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsverhältnis ein außerkontraktliches war. Verschieden ist im einzelnen Falle, was zur Erfüllung der Verbindlichkeit gehört, und inwieweit daher der Beschädigte „bei" der Erfüllung für das Verschulden seiner Hilfspersonen haftet. Der Umfang und Inhalt der Erfüllungshandlung kann ein größerer oder kleinerer, engerer oder weiterer sein. Besteht die Verbindlichkeit in einer Minderung des Schadens, so kann die Verpflichtung erst erfüllt sein, wenn tatsächlich der eingetretene Schaden verringert, vermindert ist, sie kann aber ebensogut dadurch bereits erfüllt sein, daß der Beschädigte dasjenige getan hat, was zur Minderung erforderlich ist. Da nun der Grundgedanke des § 278 der ist, daß der Schuldner, im § 254 Abs. 2 also der Beschädigte, soweit für seine Gehilfen einstehen soll, als er selbst haften würde, so wird dem Anwendungsgebiete des § 278 eine engere oder weitere Grenze gezogen werden müssen, je nachdem man dem Beschädigten eine geringere oder größere Haftung auferlegt. Das von Planck § 254 Ziff. 3 gegebene Beispiel, daß man für die Kunstfehler des zur Heilung herbeigerufenen Arztes hafte, ist daher nicht zutreffend entschieden. Der Geschädigte hat seiner Verpflichtung zur Minderung des Schadens dadurch genügt, daß er einen approbierten Arzt hinzuzog. Hätte er sich z. B. an einen Kurpfuscher gewandt, so würde er dann allerdings für den von diesem angerichteten Schaden haftbar sein. Er hätte seiner Verbindlichkeit nicht Genüge getan.

b) v. Leyden führt aus: Die entsprechende Anwendung des § 278 ist nicht auf den Abs. 2 des § 254 beschränkt (80). Sie bezieht sich nicht auf den Ersatzpflichtigen, sondern auf den Ersatzberechtigten (79), welcher für das Verschulden (im technischen Sinne) aller Personen verantwortlich ist, deren er sich zur Wahrnehmung seiner Interessen bedient, soweit ihm objektiv die Möglichkeit gegeben ist, dieselben zu kontrollieren (80—82).

c) **RG. 55** 329 ff., **JW. 03** Beil. 123, SchleswHolstAnz. **67** 353 ff.: Wenn auch der rechtsgeschäftliche Vertreter als solcher nicht zu den im § 278 bezeichneten Personen gehört, so kann er doch gegebenenfalls sehr wohl als Gehilfe bei Erfüllung einer Verbindlichkeit in Betracht kommen. In Verbindung mit § 254 Abs. 2 bedeutet dies, daß der Beschädigte verantwortlich ist für ein Verschulden in Unterlassung der Schadensabwendung, welches einem von ihm für die Erfüllung dieser Verpflichtung beigezogenen Gehilfen zur Last fällt. Die betreffende Person braucht nicht gerade speziell für die Tätigkeit der Schadensabwendung zugezogen oder doch hiermit besonders beauftragt zu sein. Es genügt, daß sie mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat, betraut oder zur Pflege des geschädigten Gutes bestellt war. Deshalb ist ein von einem Gläubiger mit der Betreibung einer Zwangsvollstreckung beauftragter Rechtsanwalt, der sich seinerseits eines Gerichtsvollziehers bedient, diesem gegenüber als eine Person anzusehen, deren sich der Gläubiger zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Gerichtsvollzieher im Sinne der §§ 278, 254 bedient. (Frage, ob der Rechtsanwalt das ihm vom Gerichtsvollzieher übersandte Pfändungsprotokoll hätte prüfen und event. entsprechende Anordnungen hätte erteilen müssen.)

d) **RG.** a. a. O.: Nach § 254 Abs. 2 kommt die persönliche Sach- und Rechtskenntnis des Vertreters oder Gehilfen mit in Betracht. Die Anschauung, daß der Vertretene wegen Unterlassung einer Maßnahme, welche man von ihm, falls er selbst die Angelegenheit besorgt hätte, nicht verlangen könnte, auch nicht verantwortlich sei, nachdem er hierzu einen Rechtsanwalt bestellt habe, ist unzutreffend.

c) S. bezüglich der Operationsverweigerung der gesetzlichen Vertreter oben Note 8c (Fuld).

f) Vgl. ferner IDR. **1** zu § 254 Note 5 Abs. 1.

10. Verhältnis des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes zum § 254.

a) Weber, Das Verschulden bei Eisenbahnunfällen, Egers eisenb. E. u. A. **19** 78ff. spricht sich (79) für die Anwendbarkeit des § 254 auf § 1 des Haftpflichtgesetzes aus.

So auch v. Weinrich ebenda 369—370: § 254 findet außerdem auch für die Haftpflicht der Post wegen Beschädigungen von Reisenden Anwendung. S. auch Rönnberg, Goldschmidts Z. **52** 633 und oben Bienenfeld zu Note 5b.

In diesem Sinne auch die herrschende Rechtsprechung.

RG. IW. **03** 157 Nr. 20: Es kam früher darauf an, in welchem Maße das Verschulden des Verletzten als mitwirkende Ursache anzusehen ist. Wo seine Bedeutung nach dieser Richtung hin völlig zurücktritt, war die Ersatzpflicht des Unternehmers nicht als ausgeschlossen anzusehen. § 254 findet jetzt auch auf § 1 des Haftpflichtgesetzes Anwendung. Der § 254 ist aber eine Erweiterung des der früheren Rechtsprechung zugrunde liegenden Gedankens, daß das Maß der Mitschuld des Verletzten zu berücksichtigen sei. . . .

Ebenso grundlegend: **RG. 53** 75, IW. **03** Beil. 13, Egers eisenb. E. u. A. **19** 344, ferner **RG. 53** 394, Egers eisenb. E. u. A. **19** 48ff., 52ff., DIZ. **03** 177: § 254 bietet eine Erweiterung des der früheren Rechtsprechung zugrunde liegenden Gedankens, daß das Maß der Mitschuld des Verletzten zu berücksichtigen ist, wodurch bei mitwirkendem Verschulden eine billige Teilung möglich wird. Für § 1 Haftpflichtgesetz ergibt sich also, daß nur, wo das Verschulden des Verletzten die alleinige Ursache des Unfalls gewesen ist, der Unternehmer von jeder Ersatzpflicht befreit ist (Verteilung der Haftpflicht zu gleichen Teilen). Er wird, wie **RG.** IW. **03** Beil. 136 sagt, in seiner praktischen Bedeutung durch den § 254 insofern von vornherein modifiziert, als schon die Ursächlichkeit der allgemeinen Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes einerseits und eines eigenen Verschuldens des Verletzten andererseits gegen einander abgewogen werden müssen. So auch **RG.** Gruchots Beitr. **47** 906ff., IW. **03** Beil. 66: § 254 kommt auch zur Anwendung, wenn gegenüber einem ohne Verschulden von einem Dritten zu vertretenden Schaden ein Verschulden des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat: sowohl im Falle des § 833 als in dem des § 1 RHG. Der § 254 kann, auch abgesehen von einem Verschulden des Fahrers, im Sinne einer durch gewisse Umstände für den Unternehmer erhöhten Betriebsgefahr in Betracht kommen. S. auch **RG.** IW. **03** Beil. 136, 137.

In demselben Sinne **RG.** Gruchots Beitr. **47** 924: Straßenbahnunfall: Es müssen die etwa durch die Angestellten des Unternehmers erhöhte Betriebsgefahr und das Verschulden des Verletzten gegeneinander abgewogen werden, wenn auch ein Verschulden der ersteren gar nicht in Frage kommt. (S. auch **RG.** IW. **03** Beil. 136, 137.)

Vgl. ferner OLG. Köln, R. **03** 319, Eger a. a. O. 63, **RG.** Eger a. a. O. 71, R. **03** 400; **RG.** IW. **03** Beil. 45, Eger **19** 136; **RG.** Eger **19** 150; **RG.** Eger **19** 161; **RG.** IW. **03** Beil. 101, Eger **19** 173; **RG.** IW. **03** Beil. 92, Eger **19** 175; **RG.** IW. **03** Beil. 92, Eger **19** 179ff.; **RG.** IW. **03** Beil. 120.

Vgl. weiter **RG.** Eger **19** 50, IW. **02** Beil. 212; **RG.** IW. **03** Beil. 67.

b) Die entgegengesetzte Meinung (der Nichtanwendbarkeit) vertreten: Aron, Egers eisenb. E. u. A. **14** 190; v. Rutz, Seuff. Bl. **64** 91, 92; Eger, Komm. z. Reichshaftpflichtgesetz (5) 161; Reindl, Komm. (1901) 81; Planck, Komm. z. EG. Art. 42 Nr. 7.

Ebenso neuerdings OLG. Hamburg, Egers eisenb. E. u. A. **20** 34 ff., HansGerZ. **03** Beil. 134 (s. auch Note 12a unten): § 254 findet auf § 1 des Haftpflichtgesetzes keine Anwendung. Seine Anwendbarkeit ist aus dem BGB. nicht zu entnehmen; der Inhalt des RHG. aber spricht für das Gegenteil. Der § 1 würde im Falle des § 254 niemals zur Anwendung kommen, weil der besondere Verpflichtungsgrund für den Unternehmer, die Gefährlichkeit seines Betriebs, als Schadensmoment stets auch im Falle eines Verschuldens des Verletzten mitwirken würde und deshalb im letzteren Falle bei Anwendung des § 254 immer nur von einer Verteilung des Schadens die Rede sein könnte, nie aber der Unternehmer von seiner Haftpflicht völlig befreit werden würde.

c) Einige Einzelfälle s. unten Note 12.

11. Verhältnis der §§ 833, 835 zum § 254.

a) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 405, SchleswHolstAnz. **67** 99: Auch im Falle des § 833 kommt beim eigenen Verschulden des Verletzten § 254 zur Anwendung, sofern dieses nicht die ausschließliche Ursache der Verletzung ist. Ebenso **RG.** Gruchots Beitr. a. a. O. 909, JW. **03** Beil. 66, 143.

b) Darüber, daß § 254 auch auf den Fall des § 835 Anwendung findet, s. **RG. 52** 349, JW. **03** Beil. 1, JDR. **1** Note 5 Abs. 2 zu § 254 und PrOVG. **42** 269 ff.

c) Einzelfälle zu § 833 und § 835 s. unten Note 12.

12. Einzelfälle. Aus der Rechtsprechung.

a) Straßenbahnunfälle.

RG. Gruchots Beitr. **47** 909: Konnte die Klägerin nach den bestehenden Vorschriften oder nach der Übung erwarten, daß ein Warnungssignal mit der Glocke erfolge und ein herankommender Wagen langsam anlaufe, und ist beides nicht geschehen, so kann dadurch die von der Beklagten (Straßenbahngesellschaft) zu vertretende Betriebsgefahr derart erhöht worden sein, daß die Beklagte an der Ersatzpflicht teilnehmen muß.

RG. 54 404 ff., JW. **03** 273: Das unvorsichtige Verhalten eines unter 7 Jahre alten Kindes — Laufen über die Schienen unmittelbar vor Herankommen des Wagens — ist mit Rücksicht darauf, daß solche Ereignisse beim Betrieb einer Straßenbahn häufig vorkommen, demgemäß mit diesem Betrieb und seinen Gefahren im Zusammenhange stehen und daher vom Betriebsunternehmer vorauszusehen sind, nicht als höhere Gewalt zu erachten.

RG. Gruchots Beitr. **47** 920 ff., JW. **03** Beil. 76, Egers eisenb. E. u. A. **20** 160 ff.: Eigenes Verschulden einer Person zwischen 7—18 Jahren ist darin gefunden, daß sie sich in gefahrdrohende Nähe der Schienen gestellt hatte, ohne Umschau zu halten, obwohl sie die nötige Einsicht besaß, um ihr Verhalten als mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in Widerspruch stehend zu erkennen.

Es kommt aber auf das Maß des mitwirkenden Verschuldens an. Vgl. auch u. zu § 276 Note 7 d unter *a*.

OLG. Hamburg, Egers eisenb. E. u. A. **20** 33 ff., HansGerZ. **03** Beil. 133 ff.: Wer die Gleise der Straßenbahn betreten will, muß sich vorher durch einen Blick nach beiden Richtungen vergewissern, daß er es tun kann, ohne mit einem herankommenden elektrischen Wagen in Berührung zu geraten. (Klägerin hatte mit vorgehaltenem Regenschirme die Gleise in der Belle-Alliancestraße in Hamburg betreten; die Klage ist abgewiesen.)

Über Straßenbahnunfälle (Einzelheiten) s. auch noch **RG.** Eger **19** 53 (freie Beweiswürdigung, Nachprüfung in der Revisionsinstanz), **RG.** Arch. f. gewerbl. Rechtsp. **3** 224 (Funktionieren der Bremsen, Fahren mit und ohne Strom).

b) Fälle zu §§ 833 und 835.

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **67** 344: Eigenes mitwirkendes Verschulden liegt nicht vor, wenn ein Tierhalter bei dem Kampfe seines Tieres mit einem anderen den Versuch macht, sein in großer Gefahr befindliches Tier zu befreien und selbst unter Hintansetzung der eigenen Sicherheit sein Eigentum zu retten versucht (§§ 833, 228).

PrOVG. **42** 269ff. (s. auch oben zu § 252 Note 4c und zu § 254 Note 11b): Obwohl § 254 auch auf den Fall des § 835 Anwendung findet, so besteht doch keine allgemeine Pflicht zur Herstellung von Schutzvorrichtungen behufs Verhütung von Wildschaden bei Anlagen, die nicht unter die Gärten usw. fallen, überhaupt und bei Gärten so lange nicht, als ein entsprechendes Landesgesetz nicht ergangen ist. Soll § 254 trotzdem Anwendung finden, so muß die Geltendmachung des Ersatzanspruchs trotz unterlassener Herstellung von Schutzvorrichtungen nach den besonderen Umständen des Falles wider Treu und Glauben verstoßen. Dies ist der Fall, sobald die Unterlassung von Schutzvorrichtungen auf die Absicht, Schadensersatz zu erzielen, zurückzuführen ist (vgl. § 4 des pr. Wildschadengesetzes v. 11. 7. 91), und vielleicht, wenn ohne eine solche Absicht besonders wertvolle Hölzer gezogen werden, obschon sie dem Wildschaden ausgesetzt sind, und namentlich auch in solchen Fällen, wenn der Ersatzberechtigte die von dem Ersatzverpflichteten angebotene Herstellung von Schutzvorrichtungen ablehnt (273).

Linsmayer, Seuff. Bl. **68** 29: Nach dem bayerischen Feldschadengesetze vom 6. 3. 02 hat derjenige, in dessen Recht durch den Übertritt gewisser Haustiere auf seine Äcker usw. eingegriffen wird, unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf ein bestimmtes tarifmäßiges Ersatzgeld. Liegt eigenes Verschulden an dem Übertritt der Tiere vor, so entfällt der Ersatzgeldanspruch.

c) Weitere körperliche Unfälle.

α. Auf Straßen.

OLG. Jena, ThürBl. **50** 88ff.: Eigenes und überwiegendes Verschulden ist angenommen in einem Falle, wo der Beschädigte sich an vorschriftswidrig von der Stadtgemeinde unbeleuchtet gelassenen Sperrpfählen, die Wege vor dem Befahrenwerden bewahren sollten, gestoßen hatte. Er wohnte am neuen Wege. Die Pfähle standen daselbst schon über ein Jahr. Sie waren dem D genau bekannt. Er ist dort sehr oft vorbeigekommen. Als er um 10 Uhr abends vorbeikam, war es dunkel. Statt, wie es die gewöhnlichste Vorsicht gebietet, bedächtig, beobachtend zu gehen, ging er in schnellem Schritte dahin, ohne dabei auf die ihm „sonst bekannten“ Pfähle zu achten, — weil er beim Kegeln nichts versäumen wollte. Nur durch die Raschheit der Bewegung des korpulenten Mannes ist die schwere Verletzung verursacht worden.

RG. ThürBl. **50** 282ff.: Zwar verletzt jemand, der auf einer nur einseitig erleuchteten Straße sich bewegt, nicht schon dann die für jeden vernünftigen Menschen gebotene Vorsicht, wenn er statt des erleuchteten Teiles den dunkeln begeht. Denn regelmäßig darf derjenige, der auf einer dem öffentlichen Verkehre überlassenen Straße sich bewegt, davon ausgehen, daß sie in ihrer ganzen Ausdehnung begangen werden kann und sich auf ihr keine außerordentlichen Verkehrshindernisse befinden. Er braucht daher auch nicht außerordentliche Vorsichtsmaßregeln zu treffen, z. B. Laternen mitzunehmen.

Anders liegt aber die Sache, wenn er annehmen kann und muß, daß der eine Teil der Straße Gefahren in sich schließt, die bei der vorhandenen Beleuchtung vermieden werden können, und er gleichwohl den gefährlichen Weg wählt (Unfall auf einer neubeschotterten, zwischen bewohnten Gebäuden hinführenden, abseits des Hauptverkehrs liegenden Ortsstraße mit einem einseitigen Bürgersteige. Abweisung der Klage wegen eigenen Verschuldens.)

Über einen Fall vorwiegend eigenen Verschuldens des Verletzten beim Absturz in einen Gemeindebach (Haftung der Landgemeinde) s. OLG. Dresden, SächsA. **13** 224 ff., insbesondere 226 ff.: Verlassen der breiten sicheren Landstraße bei Nacht ohne dringende Veranlassung.

Über Fälle aus § 254 in Verb. mit § 367 Ziff. 12 StGB. s. **RG.** JW. **03** Beil. 67 (Teilung des Schadens nach Hälften) und 137.

β. Auf Grundstücken.

RG. SächsA. **13** 360—361 über einen Unfall, der sich auf einem zu einem mitvermieteten Aborte führenden Wege infolge Eisbildung am Eingange des Hofes ereignete. § 254 wurde verneint. Darin, daß der Verletzte am Abend des Unfalltags, als er den Abort aufzusuchen genötigt war, an die früher wahrgenommene Eisbildung nicht gedacht und deshalb besondere Vorsichtsmaßregeln zu treffen unterlassen hatte, wurde kein Verschulden erblickt. Auch darin nicht, daß er zu seinem Wege kein Licht mitgenommen hatte, da er mit den in Betracht kommenden örtlichen Verhältnissen im allgemeinen bekannt war.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 73 f.: Unfall auf einer Baustelle. Eigenes Verschulden beim Betreten. Ungelöschte Kalkhaufen.

Fall des überwiegenden Verschuldens bei Unfall auf einem Grundstücke s. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 643, bei Betreten eines Kellers ohne Licht trotz Verwarnung **RG.** JW. **03** Beil. 122.

γ. In Betrieben.

RG. DJZ. **03** 549 Nr. 111: Den technischen Leitern eines Betriebs gereicht es nicht zum Verschulden, wenn sie bewährte Arbeitsmethoden nicht gleich mit irgendwo aufgekommenen Neuerungen vertauschen.

RG. SächsA. **13** 62 ff. führt bezüglich eines durch überwiegendes Verschulden des Verletzten herbeigeführten Unfalls eines fünfzehnjährigen Knaben, der in einer Fabrik zwischen die Kammräder einer Lohpresse geriet und zu Tode kam, im Gegensatze zum OLG., das verurteilt hatte, folgendes aus: es darf ohne weiteres angenommen werden, daß einem 15jährigen Knaben, der, wenn auch kurze Zeit, in einer Fabrik beschäftigt ist, die Gefährlichkeit des Hantierens in unmittelbarer Nähe einer in Gang befindlichen Maschine bekannt ist. Jedenfalls wurde er sich aber doch der Gefährlichkeit dadurch bewußt, daß ihm die eigenmächtige Ingangsetzung der Maschine verwiesen ward und, als er dem Verbote zuwiderhandelte, dieses wiederholt wurde. Ihn in der Weise unter Aufsicht zu nehmen, daß er die Maschine tatsächlich nicht in Gang setzen k o n n t e, war den Beklagten selbstverständlich nicht zuzumuten; gegen die eigene Böswilligkeit brauchte man ihn nicht zu schützen.

OLG. **6** 82 f. (Celle): An sich findet § 254 auch im Falle des § 618 Anwendung. Kenntnisse über technische Theaterapparate schlagen weder in das Fach eines Gesangshumoristen, noch eines Bühnenschriftstellers. Auch ist die eigene Prüfung des in Betracht kommenden Apparats durch den später Beschädigten und seine Billigung bedeutungslos im Sinne des § 254, wenn der Betreffende keine Fachkenntnisse besitzt, um die Güte des Apparats prüfen zu können. Durch das Nichtremonstrieren des Beschädigten wird in solchem Falle dem prinzipiell gemäß § 618 Verpflichteten seine Verantwortlichkeit nicht abgenommen.

RG. JW. **03** Beil. 114. Unfall in einer Bäckerei. Verletzung des Gesellen an schadhaftem Backtrog. Beiderseitiges Verschulden, Teilung zur Hälfte. Daß der Geselle trotz der erlittenen Verletzung weiter gearbeitet und sich nicht sofort an einen Arzt gewendet hat, gereicht ihm nicht zum Verschulden. Personen, die Handarbeiten größerer Art verrichten, erleiden sehr oft kleine Hautverletzungen, die regelmäßig ohne irgend welche Störung ihres Gesamtbefindens verlaufen; es kann ihnen nicht angesonnen werden, daß sie bei jeder solchen Verletzung zu

arbeiten aufhören sollen. Wohl aber wäre es seine Pflicht gewesen, durch Benachrichtigung des Meisters auf die Beseitigung des gefährlichen Gegenstandes hinzuwirken; in der Unterlassung liegt ein erhebliches eigenes Verschulden.

d) Bei Vertragsverhältnissen.

Flügge, Recht des Arztes 71, 76: § 254 findet auch auf das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten Anwendung. Doch ist das Maß der zu beobachtenden Sorgfalt derart ungleich, daß die Fahrlässigkeit des Kranken dem Verschulden des Arztes gegenüber nur von geringer Bedeutung ist.

LG. Prenzlau, KGBl. **14** 83: Der Gastwirt haftet für den durch das Geldwechseln beim Bezahlen der Zechschuld dem Gaste von dem Kellner zugefügten Schaden. Der Betrieb einer Gastwirtschaft bringt es als etwas Regelmäßiges mit sich, daß dem nicht mit entsprechender Münze versehenen Gaste bei geleisteten Zahlungen für Speisen und Getränke das zuviel Gegebene herausgegeben werden muß; auch kann in der Hingabe eines Hundertmarkscheins zur Begleichung einer Zechschuld von 3 M. im allgemeinen in besseren Lokalen nichts Ungewöhnliches oder Seltenes erblickt werden, selbst wenn bei der betreffenden Gelegenheit Kellner aushilfsweise beschäftigt worden sind. Hat der Kellner in der Entgegennahme des Scheines seine Vollmacht (§ 54 HGB.) nicht überschritten, so trifft den Gast kein Verschulden gemäß § 254.

GewGer. **8** 188 (Charlottenburg): Nimmt nach einer erfolgten Kündigung der Arbeitgeber seine Entlassung zurück und fordert er den Gekündigten zur Weiterarbeit auf, so trifft die Schuld an dem Lohnverlust ihn selbst; denn bei Befolgung der Aufforderung wäre der Schaden nicht entstanden.

e) Zwangsvollstreckung, Mahnschreiben des Anwalts.

JW. **03** Beil 67: Ein Verschulden nach § 254 Abs. 2 kann darin liegen, daß der Kläger nicht rechtzeitig die Einstellung der Zwangsvollstreckung betrieb und dadurch den Schaden (Verschleuderung seines Eigentums in der Versteigerung) abwendete.

RG. DJZ. **03** 297: Verklagter hatte bei seinem Schuldner Sachen pfänden lassen. Kläger schrieb ihm, daß er auf Grund eines Sicherheitskaufs Eigentümer dieser Sachen sei, und verlangte Freigabe. Verklagter forderte Glaubhaftmachung des Eigentumsanspruchs und ließ, da Kläger nicht wieder antwortete, dem Verfahren seinen Gang. Die Sachen wurden eine Woche darauf zwangsweise versteigert. Verklagter hat den Anspruch des Klägers später anerkannt und ihm den Erlös zahlen lassen. Kläger forderte darüber hinaus Schadensersatz, da die Sachen bei der Versteigerung verschleudert seien. **RG.** bringt § 254 Abs. 2 zur Anwendung. Das dort geforderte Verschulden besteht nicht in dem Verstoße gegen eine besondere Rechtspflicht, sondern umfaßt die Sorgfalt, die nach der Auffassung des Lebens ein ordentlicher Mann anzuwenden hat, um Schaden abzuwenden. Es muß also geprüft werden, ob nicht Kläger zur Abwendung des Schadens entsprechende Anträge (auf Einstellung usw.) stellen mußte.

LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 346: Die Ansicht, daß, wenn ein Anwalt den im Verzuge befindlichen Schuldner nochmals zur Zahlung auffordert, der Kläger für die Kosten des Mahnschreibens gemäß § 254 Abs. 2 hafte, ist unhaltbar. Der Kläger kann annehmen, daß dem Beklagten durch das Schreiben der Ernst der Sache klar werde und er darauf Zahlung leiste. Wählt er den billigeren Weg der außergerichtlichen Zahlungsaufforderung statt den der sofortigen Klagerhebung, so hat er nicht den Schaden des Beklagten schuldhaft vergrößert, sondern vermindert.

→ Richtiger wäre vielleicht: so hat er dem Beklagten die Handhabe geboten, den Schaden zu vermindern; macht dieser von ihr nicht Gebrauch, so ist der

Beklagte und nicht der Kläger derjenige, der den Schaden vergrößert hat. — (Red.) ←

f) § 735 HGB.

RG. 55 320, 321, DJZ. **03** 549 Nr. 111: Wenn auch Abs. 2 Satz 2 ein bestehendes Vertragsverhältnis voraussetzt, so ist doch für das Seerecht und die Binnenschiffahrt anzunehmen, daß der Rheder, der wegen eines seinem Schiffsvermögen zugefügten Schadens auf Grund der Vorschriften des Seeamts gegen einen anderen Rheder Ersatzansprüche erhebt, sich den Einwand gefallen lassen muß, seine eigene Schiffsbesatzung habe durch ein Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen den Schaden mitverursacht, wie für den Fall des Zusammenstoßes im § 735 HGB. ausdrücklich bestimmt ist. S. auch o. Note 6a.

13. Grenzen des Anwendungsgebiets.

v. Leyden: Die Anwendbarkeit des § 254 beschränkt sich auf die Fälle, wo zur Herstellung des erforderlichen Zustandes etwas aus dem Vermögen des Ersatzpflichtigen aufgewendet werden muß; sie ist also z. B. ausgeschlossen bei der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (86 f.).

Sie ist ferner ausgeschlossen:

a) ausdrücklich: für die §§ 122, 179, 307; 439, 460; 839;

b) stillschweigend: für § 825 (99 ff.).

§ 255. 1. a) Fischer 247 ff. betont gegenüber Oertmann, Vorteilsausgleichung 279, — s. JDR. **1** zu § 255 Note 1 —, welcher die Abtretungspflicht des Anspruchs nach § 255 von der eigentlichen Vorteilsausgleichung geschieden wissen will, daß das Anwendungsgebiet des § 255 nur einen Unterfall der Vorteilsausgleichung darstelle. Für die eigentliche compensatio lucri cum damno wie für die Vorschrift des § 255 werfe sich die Frage auf: inwiefern würde der Gläubiger ohne die Vorteilsausgleichung ungerechtfertigt bereichert sein? In beiden Fällen sei einer Bereicherung des Ersatzgläubigers entgegenzuarbeiten. Die Bereicherung des Ersatzgläubigers, d. h. der Vorteil, welcher auszugleichen sei, könne nun aber beruhen auf dem zum Schadensersatze verpflichtenden Umstande, — das sei die eigentliche compensatio lucri cum damno —, er könne aber auch beruhen auf der Schadensbeseitigung, — das sei das Anwendungsgebiet des § 255. Denn der § 255 setze eine Überschadensbeseitigung voraus (vgl. o. zu § 249). Wäre nicht mehr geleistet von dem Ersatzschuldner als lediglich der Ausgleich des Schadens, so wäre eine Abtretungspflicht des Gläubigers nach § 255 nicht verständlich.

b) § 255 findet keine Anwendung auf jene Schadensersatzfälle, wo der Ersatz eines Schadens den primären Leistungsinhalt eines Vertrags bildet (Versicherungsverträge). Die Bestimmungen der §§ 249—255 normieren nur für die gesetzlichen Fälle des Schadensersatzes, welcher bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen subsidiärer Natur ist (251 ff.).

c) Mit der Abtretung des Eigentumsanspruchs nach § 255 geht das Eigentum selbst an den beweglichen Sachen auf den Ersatzschuldner über. Zwar macht die Abtretung eines Eigentumsanspruchs nicht schon als solche den Zessionar zum Eigentümer, allein hier darf der Gläubiger, wenn er vollen Ersatz erhalten hat, das Eigentum an den verlorenen Gegenständen nicht zurückbehalten. Tritt er den Eigentumsanspruch ab, so ist zu präsumieren, daß er nicht widerrechtlich handeln will. So ist auch die erforderliche Einigung zu präsumieren (gegen Oertmann und Schollmeyer) (a. a. O. 255).

d) Über den Inhalt des Abtretungsanspruchs und seine prozessuale Gestaltung vgl. 256 f.

2. Kisch, JWBl. **15** 40 wendet sich gegen den Ausgangspunkt der Walsmannschen Schrift — s. JDR. **1** zu § 255 (106): — Der sog. „konkrete Schaden"

unterscheide sich so gut wie gar nicht von dem herrschenden Schadensbegriffe; deshalb habe mit Recht der Verfasser selbst die Bedeutung der Einbuße für das Vermögen als Ganzes in seine Definition aufgenommen. Wollte man unter dem „konkreten Schaden" lediglich die Vernichtung oder Schädigung eines bestimmten Vermögenswerts ohne Beziehung auf die Gesamtheit des Vermögens verstehen, so müßte man den entgangenen Gewinn aus dem Schadensbegriff eliminieren. Es sei daher von dem herrschenden Schadensbegriff auszugehen; die sog. Vorteile seien lediglich als Rechnungsfaktoren bei Bemessung der Schadenshöhe zu betrachten, sie seien nur negative Größen bei der Berechnung des Schadensumfanges; die Bezeichnung „Vorteile" verdienten sie nur, weil und insoweit sie den Schaden mindern. So müsse das Problem der compensatio lucri cum damno unmittelbar aus dem Schadensbegriffe heraus gelöst werden.

3. Oertmann, A.bürgR. **16** 446, bemerkt gegen Weyl, Vorträge, nach dem der Beschädigte die Ansprüche an eine Versicherungsgesellschaft dem Ersatzpflichtigen abtreten muß, § 255 rede nicht von solchen vertragsmäßigen, sondern nur von den dem Beschädigten auf Grund seines Eigentums gegen Dritte zustehenden Ansprüchen.

4. BayrObLG. **4** 339: Der Einwand eines für die Einbringlichkeit einer Hypothek haftenden Schuldners, daß der Hypothekengläubiger für den Ausfall durch den Wert des in sein Eigentum übergegangenen Anwesens gedeckt sei, ist unbegründet. Denn das Eigentum ist nicht vermöge der Hypothek erlangt, sondern durch ein neues, auf eigene Rechnung gemachtes Geschäft, durch die Erwirkung des Zuschlags in der Zwangsversteigerung erworben; der Vorteil, den es ihm gebracht haben mag, kommt dem Haftenden ebensowenig zugute, wie er, wenn es sich als nachteilig erwiese, für den Verlust aufzukommen haben würde.

5. Über die Beziehungen des § 255 zum § 701 und seine innere Bedeutung für den Begriff der „verlorenen Sache" s. Brückmann, A.bürgR. **23** 340 ff.

§ 256. 1. a. Lotmar, Arbeitsvertrag 86[1]: Das Wort „Gegenstände" umfaßt nicht die Arbeit des Aufwenders (vgl. denselben Begriff in §§ 90, 256 Satz 2, 268, 273 Abs. 2, 292, 302, 304, 351, 434, 500, 733 Abs. 2). Aufwendungen werden nicht von Verwendungen unterschieden (§ 995).

b. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 78 Anm. 1: Das Gesetz ist in seiner Terminologie betr. „Aufwendungen" und „Verwendungen" nicht konsequent, sonst hätte es z. B. im § 601 Abs. 2 ebenfalls „Aufwendungen" sagen müssen; denn § 601 Abs. 1 entspricht § 2124 Abs. 1. Die Begriffe sind identisch.

2. Über die Frage, ob unter den Begriff der „Aufwendungen" der zufällige Schaden gebracht werden kann, den der Mandatar bei Ausführung des Auftrags erleidet, s. eingehend Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 186 ff., insbesondere 193 ff. Vgl. darüber unten zu § 670 das Nähere. — Gegen Isay und Planck bejaht er die Frage.

3. PrOVG. **41** 255 ff.: § 256 bezieht sich auf zivilrechtliche Ersatzansprüche, § 291 auf die von privatrechtlichen Geldforderungen zu zahlenden Prozeßzinsen; die Voraussetzung des § 246, daß die Pflicht zur Zinszahlung auf Gesetz beruht, trifft für die Präzipualbeträge nicht zu. Diese haben zwar nicht den Charakter einer steuerartigen Leistung, für welche Verzugszinsen nicht gefordert werden können. Der Anspruch auf Vorausleistungen ist jedoch öffentlich-rechtlicher Natur, und er entsteht nicht etwa mit der Aufwendung der Unterhaltungskosten oder mit der Klagerhebung, sondern dadurch, daß der Verwaltungsrichter dem Unternehmer den Beitrag „auferlegt". Erst von dem Zeit-

punkte des rechtskräftigen Ausspruchs des Verwaltungsrichters ab können daher Verzugszinsen in Frage kommen; sie scheiden jedoch aus, weil das Gesetz einen Anspruch auf Zinsen nicht gewährt.

§ 257. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 170: § 257 findet keine Anwendung, wenn ein Verwalter, der kraft öffentlich-rechtlicher Vorschrift verpflichtet ist, aus dem von ihm verwalteten Vermögen eine Steuer zu entrichten, diese Steuer entrichtet. Er macht damit keine Aufwendungen und geht keine Verbindlichkeit im Sinne des § 257 ein. Die Vorschrift ist für völlig andersartige Rechtsverhältnisse als das vorliegende (Verwalter eines Kapitals kraft Testaments) gegeben.

§ 259. 1. Theoretisches.

a) Marcus, R. **03** 425: Das Recht aus § 259 hat als Hilfsrecht einen Pertinenzcharakter zum Hauptanspruch und geht, soweit dieser zessibel ist, gemäß § 401 auf den Zessionar über.

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 28 (s. auch unten zu 2a u. 3): Eine Aufrechnung mit Geldforderungen ist dem Anspruch aus § 259 gegenüber begrifflich ausgeschlossen. Bestätigt vom **RG.** ebenda 226, Schlesw.Holst.Anz. a. a. O. (s. u.)

2. Einzelne Fälle.

a) Miterbenverhältnis.

OLG. **5** 558, HansGerZ. **03** Beibl. 27 ff., SchlswHolstAnz. **67** 325 (Hamburg): Hat in den Fällen der §§ 2032, 2038 ein Teil den Alleinbesitz des Nachlasses und somit auch die alleinige Verwaltung desselben, so hat er dem anderen Teile gegenüber in Ansehung seines Anteils, soweit die Verwaltung in dessen Auftrag erfolgte, die Stellung eines Beauftragten, soweit sie ohne dessen Auftrag erfolgte, die eines Geschäftsführers ohne Auftrag. In beiden Fällen ergibt sich seine Abrechnungspflicht aus §§ 666 bzw. 681 Satz 2 in Verbindung mit § 259. Daß dem anderen Teile nur ein Teil des Nachlasses zukommt, beseitigt die Pflicht zur Abrechnung nicht, weil eine Teilung noch nicht erfolgt ist und die Abrechnung über die Quote ohne solche über den Gesamtnachlaß undenkbar ist. — Eventuell kämen auch noch §§ 2028, 2042 in Verbindung mit § 260 in Betracht. — Bestätigt vom **RG.** HansGerZ. a. a. O. 226, SchleswHolstAnz. a. a. O. 325. — Ebenso leitet OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **67** 324 die Verpflichtung, ein Verzeichnis der Erbschaft vorzulegen, aus dem Rechtsverhältnisse der Miterben zu einander her. Die Begründung wird auf § 260 gestützt, weil „ein Inbegriff von Gegenständen" herauszugeben und weil er als im tatsächlichen Alleinbesitze befindlicher Miterbe zur Auskunfterteilung verpflichtet ist.

b) Pflichtteilsberechtigte. OLG. Rostock, MecklZ. **21** 223 über die Auskunftspflicht des Pflichtteilsberechtigten (§ 2314). Entsprechend dem gemeinen Rechte ist durch die §§ 259, 260 für den Gläubiger eine Erleichterung seiner Behauptungs- und Beweispflicht hinsichtlich derjenigen Tatsachen geschaffen, nach welchen sich der Umfang seines Anspruchs richtet, und über welche sichere Kenntnis anderweitig sich zu verschaffen er regelmäßig nicht imstande sein wird. Durch die Beschränkung im § 259 Abs. 2 des Offenbarungseids auf die Einnahmen kommt klar zum Ausdrucke, daß das BGB. den Gläubiger auch nur hinsichtlich der Einnahmeposten für behauptungs- und beweispflichtig erachtet. Ebenso liegt die Beweislast im § 260. „Inbegriff von Gegenständen" und „Verzeichnis des Bestandes" decken sich; die Begriffe umfassen diejenigen positiven Renten, auf welche sich die Pflicht zur Herausgabe oder die Erteilung von Auskunft bezieht. Dementsprechend sind unter dem „Bestande des Nachlasses" im § 2314 auch nur die Aktiva zu verstehen.

c) Handlungsagenten-Verhältnis. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 321: Das Verlangen des Handlungsagenten nach Buchauszügen gemäß § 91 HGB. ist nur ein Minus gegenüber dem Begehren auf Rechnungslegung nach § 259 BGB. und daher in diesem enthalten.

3. Abs. 2 (Offenbarungseid). OLG. Breslau, R. **03** 526 Nr. 2632: Die Klage auf Leistung des Offenbarungseids setzt nicht nur das Durchdringen mit der Klage auf Rechnungslegung, sondern auch den Grund zur Annahme der Nichteinhaltung der gebotenen Sorgfalt voraus. Der Grund dazu kann nicht schon vor der Legung bestehen. Aus § 254 ZPO. folgt nicht die Möglichkeit der Verbindung beider Klagen; dort ist als verbundene Klage die auf Herausgabe der verschuldeten Leistung gedacht.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 28 (s. auch oben zu 1b u. 2a): Von dem Anspruch auf Ableistung des Offenbarungseids kann erst die Rede sein, wenn eine äußerlich ordnungsmäßige Abrechnung vorliegt. — Bestätigt vom **RG.** HansGerZ. a. a. O. 227. Den Berechtigten nach Vorlegung eines ganz mangelhaften Verzeichnisses auf das Recht zur Forderung des Offenbarungseids zu verweisen, ist nicht angängig, da durch eine bloße eidliche Bestärkung der bisherigen Angaben die Unvollkommenheiten nicht beseitigt werden können; s. auch Schlesw. HolstAnz. **67** 326. Ebenso OLG. Kiel, ebenda 325.

4. Abs. 3. OLG. Dresden, SächsA. **13** 113—114: Liegt ausreichender Grund zu der Annahme vor, daß (im Falle des § 2028 Abs. 2) betreffs des Verbleibs der Erbschaftsgegenstände (insbesondere der vorgefundenen Sparkassenbücher) unvollständige Auskunft erteilt sei, so kann Abs. 3 nicht in Betracht kommen.

§ 260. 1. Theoretische Einzelheiten.

Carlebach, Das notarielle Vermögensverzeichnis, DNotVZ. **03** 10 ff.: Die Aufnahme eines Verzeichnisses ist selbständig einklagbar, die Zwangsvollstreckung zur Vornahme kann jedoch nur nach § 888 ZPO. geschehen. Dem auf das Verzeichnis Dringenden steht keine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Zwangsgewalt zur Seite. Wenn das Inventar auch grundsätzlich ein Privatinventar ist, so kann doch der Verpflichtete die Unterschrift unter dem Inventar notariell beglaubigen, eine Beurkundung über das von ihm erklärte Inventar herstellen oder auch das Inventar notariell aufnehmen lassen. Darüber, was der Notar verzeichnen soll, entscheidet der Wille des Antragstellers.

2. Anwendungsgebiet.

OLG. Stettin, PosMschr. **03** 188: Der § 260 bezieht sich nur auf die durch Vorschriften des materiellen Rechtes begründete Verpflichtung zur Auskunftserteilung, findet daher keine Anwendung auf Fälle, wo es sich um eine nach den Regeln des formalen Rechtes begründete Verpflichtung handelt, deren Erfüllung wohl nach den Vorschriften der ZPO. erzwungen, die aber nicht auf Grund von Vorschriften des materiellen Rechtes erweitert werden kann. (Eine Ehefrau — Beklagte — war durch amtsgerichtliches Urteil verurteilt worden, ein Inventar über den Nachlaß ihres Ehemanns einzureichen.)

3. Inbegriff von Gegenständen.

RG. Gruchots Beitr. **47** 910 ff., DJZ. **03** 274 Nr. 55: Die Verzeichnispflicht ist ein Ausfluß der Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen oder zur Auskunftserteilung über dessen Bestand. Unter einem Inbegriffe von Gegenständen ist jede Mehrheit von Vermögensgegenständen zu verstehen, bei welcher der Berechtigte nach dem obwaltenden Verpflichtungsgrunde nicht in der Lage ist, die einzelnen Vermögensgegenstände zu bezeichnen. Der obwaltende Verpflichtungsgrund ist das Rechtsverhältnis, auf Grund dessen die Herausgabe oder die Auskunftserteilung verlangt werden kann; die Einheitlichkeit

dieses Rechtsgrundes bildet das Band, welches die Mehrheit der herauszugebenden Gegenstände zum Inbegriffe vereinigt: der § 1362 BGB. und § 45 KO. bieten hierfür keine Grundlage. (Die Klage des Konkursverwalters gegen eine mit ihrem Ehemann in dem Güterstande der Gütertrennung lebende Ehefrau, über dessen Vermögen Konkurs eröffnet war, auf Vorlegung eines Verzeichnisses derjenigen Sachen, welche sie zur Zeit der Konkurseröffnung im Besitze hatte, ist abgewiesen worden.) S. über den Begriff auch oben zu § 259 Note 2b und unten Note 5.

4. Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 45: Der Anspruch kann gegenüber dem Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden.

5. Einzelne Fälle.

RG. Gruchots Beitr. **47** 910 ff., DIZ. **03** 274 Nr. 55: § 260 findet beim Konkurse des Ehemanns bezüglich der in dem Besitze der Ehefrau befindlichen Sachen keine Anwendung (§ 1362 BGB., § 45 KO.); es fehlt an einem einheitlichen Rechtsverhältnisse. Das Theoretische und die Begründung s. o. Note 3.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 95: Gegen den in einem Scheidungsprozeß allein für schuldig erklärten Ehegatten stehen dem anderen Teile bei Aufhebung der Gütergemeinschaft Rechte gemäß §§ 1475 ff. und demgemäß der Anspruch aus § 260 zu, indem unter „Inbegriff von Gegenständen" im § 260 generell jede Mehrheit von Gegenständen zu verstehen ist, welche herauszugeben sind, oder über welche Auskunft zu erteilen ist.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 45: Nach § 1472 ist der Anspruch auf Mitteilung des Verzeichnisses gemäß § 260 gerechtfertigt.

Vgl. ferner oben zu § 259 Note 2.

Literatur: Litten, Die Wahlschuld im Deutschen Bürgerlichen Rechte, Berlin 1903.

§ 262. Litten führt aus:

1. a) Man darf weder sagen, daß bei der Wahlschuld stets die mehreren Leistungen von Anfang an geschuldet, in obligatione seien (so Planck, Endemann, Crome, Rehbein, Schollmeyer, Chamizer, überhaupt die herrschende Meinung), noch auch, daß zunächst keine Leistung (Enneccerus), noch auch, daß von Anfang an nur eine Leistung in obligatione sei (F. Leonhard). Die Lösung dieser schon im gemeinen Rechte berühmten Streitfrage zwischen resolutiver und suspensiver Pendenztheorie und der sogen. Fittingschen Theorie ist vielmehr diese: die Objektspendenz ist im Falle des Gläubigerwahlrechts eine resolutive, im Falle des Schuldnerwahlrechts eine suspensive. Dies ist zwar nicht aus § 263 Abs. 2, wohl aber aus § 265 zu deduzieren. Die Vorschriften der §§ 2479, 2480 des sächs. BGB. sind also inhaltlich auch im deutschen BGB. in Geltung geblieben (72—80).

b) Nur „im Zweifel" steht das Wahlrecht dem Schuldner zu. Eine Einräumung des Wahlrechts an den Gläubiger, sei es durch Gesetzesbefehl (§§ 179, 325, 462, 251 Abs. 1, 281 Abs. 2, 286), sei es durch Parteiabrede, ist natürlich gestattet (130, 114 ff.). Haben die Parteien eine Abrede über die Person der Wahlberechtigten ganz unterlassen, oder sich „zweifelhaft" ausgedrückt, so ist der Schuldner wahlberechtigt (132, 131). Bei gegenseitigen Verträgen, bei welchen die Leistung an den einen Teil alternativ bestimmt ist, hat im Zweifel dieser, wo die Leistung jedes Teiles alternativ bestimmt ist, jeder Teil für seine alternative Leistung das Wahlrecht. Stehen jedoch in gegenseitigen Verträgen mehrere Pflichtenpaare in Alternative, so versagt der § 262. Die Natur des Schuldverhältnisses kann hier einen Fingerzeig bieten (vgl. § 38 ALR. I. 5); sonst

ist gemäß § 157 BGB. die Parteiintention zu erforschen. Versagt dies, so ist das Schuldverhältnis mangels Durchführbarkeit unwirksam (106, 107, 131). Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern siehe 133—140.

2. Langheineken, 193ff. über I. Wahlschuld und II. Alternativermächtigung, führt aus:

Zu I. Die Alternativobligation (A.-O.) ist entweder eine solche mit Wahlrecht des Gläubigers (aktive) oder eine solche mit Wahlrecht des Schuldners (passive). Bei der aktiven kann verlangt werden entweder die Leistung des einen oder die Leistung des anderen Gegenstandes, bei der passiven die Leistung entweder des einen oder des anderen Gegenstandes. Es paßt die Formel „duae res in obligatione" nur für die aktive, und die offenbar auf sie zurückgehende Formel des § 262 („mehrere Leistungen geschuldet") entspricht nicht ganz genau der bei der passiven gegebenen Sachlage.

Die Ansprüche, die das aktive Schuldverhältnis in sich birgt, sind beide resolutiv bedingt durch die Entscheidung des Gläubigers für den anderen Anspruch und beide „verhaltene" Ansprüche (s. o. zu § 194 Note 4 b und unten zu § 284), weil vor Erklärung des Gläubigers eine aktuelle Verpflichtung weder auf die eine noch auf die andere Leistung besteht. Hieraus erklärt sich auch, daß der Schuldner nicht durch Anbietung einer Leistung, auch nicht durch abwechselnde Anbietung und Zurückziehung der einzelnen Leistungen, den Gläubiger in Annahmeverzug zu bringen vermag (s. u. Note zu § 293). Bezüglich der A.-O. als Ganzes ist ein Annahmeverzug denkbar (arg. § 264 Abs. 2), aber nur durch gleichzeitiges Anbieten sämtlicher Leistungen. Das Wesen der aktiven A.-O. ist: es kann jeder der mehreren Ansprüche, aber es können nicht alle Ansprüche zusammen geltend gemacht werden.

Bei der passiven liegt ein schlechthin einiges Schuldverhältnis vor, und zwar eins mit alternativ bestimmtem Leistungsvorbehalt (197).

Den Hauptfall der aktiven A.-O. bilden die ädilizischen Klagen (§§ 462, 634 Abs. 1 Satz 3), auch § 179 Abs. 1 ist ein Beispiel. Keine Wahlschuld liegt im § 2307 Abs. 1 Satz 1 vor (201).

Zu II. a) A. a. O. 201ff.: Eine Alternativermächtigung (A.-E.) (facultas alternativa oder Obligation mit f. a.) liegt vor, wenn entweder der Gläubiger eines Anspruchs die Befugnis hat, statt der geschuldeten Leistung eine andere zu fordern, oder der Schuldner die Befugnis, sich von seiner Verpflichtung durch Leistung eines bestimmten anderen Gegenstandes zu befreien. Man unterscheidet analog aktive und passive, mit Wahlrecht des Gläubigers bzw. des Schuldners.

Entsprechend (wie oben) repräsentiert die aktive Form eine Verbindung zweier resolutiv-bedingter Ansprüche, die passive ist von durchaus einheitlicher Struktur. Im Gegensatze zur A.-O. stehen die mehreren Leistungen nicht auf gleicher Linie, sondern die Stellung der primären Leistung ist innerhalb des Schuldverhältnisses eine grundsätzlich andere als die der sekundären; ferner ist bei der aktiven Form nur der Anspruch auf die sekundäre ein verhaltener und resolutiv bedingt durch die Realisierung des primären Anspruchs, der primäre durch die (vorbehaltlose) Geltendmachung des sekundären Anspruchs. Bei der aktiven Form kann der Gläubiger jede der mehreren Leistungen verlangen, bei der passiven ist nur ein einziger Anspruch gegeben; der Schuldner kann sich jedoch von seiner Verpflichtung durch eine Leistung, zu der er in keiner Weise verpflichtet ist, befreien (203).

b) Der Gläubiger mit facultas alternativa ist berechtigt, gleichzeitig auf beide Leistungen (eventuell verbunden) zu klagen; doch handelt es sich bei der sonstigen Eventualhaftung um eventuell verbundene Ansprüche auf eine Ver-

urteilung, hier nur um einen Anspruch auf eventuell verbundene Verurteilungen (204).

c) Gesetzliche Beispiele für aktive facultas alternativa: §§ 249 Satz 2, 340 Abs. 1 Satz 1, 491 Satz 1, 524 Abs. 2 Satz 2, 843 Abs. 3, 1077 Abs. 1 Satz 2, 1217 Abs. 2 Satz 1, 1231 Satz 2, 1281 Satz 2, 1580 Abs. 2, 2183 Satz 2. (Weiteres a. a. O. 204ff.) Keine Alternativermächtigungen in den § 281 Abs. 2, 288, 340 Abs. 2, 557, 597, 538 Abs. 2, 633 Abs. 3. Passive: charakteristisch das Wort „statt": §§ 257 Satz 2, 738 Abs 1 Satz 3 u. a. m. (Weiteres a. a. O. 206.)

III. A.-O. oder A.-E. werden auch durch Verschiedenheit der Modalität desselben Leistungsgegenstandes begründet, sei es, daß die alternative Unbestimmtheit den Zeitpunkt oder den Ort der Leistung oder auch die Art der Erfüllung oder die Person des Leistungsempfängers betrifft. Beispiele für die Person: §§ 428 Satz 1, 965 Abs. 1, 1087 Abs. 2 Satz 1; Ort: §§ 1082 Satz 2, 1392 Abs. 1 Satz 1, 1814 Satz 1 usw., Art der Erfüllung: §§ 244 Abs. 1, 617 Abs. 1 Satz 2 (a. a. O. 208).

IV. Über die wesentlichen Besonderheiten, die die aktive bzw. passive A.-E. gegenüber der aktiven bzw. passiven Wahlschuld besitzt s. 212ff.

a) Bei der aktiven A.-E.: Die Folgen hinsichtlich des Annahmeverzugs s. darüber oben Note 2 zu I und unten zu § 293. Ferner: nicht schon die Wahl der primären Leistung, sondern erst die Durchführung des primären Anspruchs schließt den sekundären aus. Auch kann der Gläubiger auf Verurteilung zur Erfüllung des primären und des sekundären Anspruchs in Eventualverbindung klagen (213).

b) Bei den passiven Formen: erklärt sich der Schuldner mit f. a. für die sekundäre Leistung, so scheidet die primäre in keiner Weise aus, was wichtig ist für den Fall, daß nachher der sekundäre kasuell untergeht, so daß der Schuldner auf die primäre verhaftet bleibt. Ferner: dem Schuldner, der die primäre Leistung in Unkenntnis seines Wahlrechts bewirkt, steht kein Kondiktionsanspruch zu. Bei Untergang der primären Leistung, den der Gläubiger zu vertreten hat, erlangt der Schuldner schlechthin Befreiung und event. noch einen Ersatzanspruch; ist der Gläubiger nicht verantwortlich, so ist keine Beschränkung nach § 265 Satz 1 anzunehmen; ist der Schuldner verantwortlich, so bleibt das Schuldverhältnis unverändert, andernfalls wird der Schuldner befreit. Eine Klage mit Alternativpetitum ist als plus petitio abzuweisen. Der Schuldner mit f. a. kann nicht zur event. Leistung gezwungen werden (214).

V. Über analoge Verbindungen im Gesetze s. a. a. O. 214—215.

3. Hellmann, KrVSch. **44** 67 entscheidet den Fall, daß der Gläubiger wahlberechtigt ist und die Unmöglichkeit des einen Leistungsgegenstandes selbst verschuldet, so daß er dem Schuldner schadensersatzpflichtig wird, sein eigener Anspruch aber sich auf die noch mögliche Leistung beschränkt, anders als Matthiaß, Lehrbuch 336. Nach diesem ist es ausgeschlossen, daß der Gläubiger die durch seine Schuld unmöglich gewordene Leistung wählt und sich so von der Schadensersatzpflicht befreit. Hellmann meint: wenn der wahlberechtigte Gläubiger, dem ein Schimmel oder ein Rappe geschuldet wird, den Schimmel zuschanden reitet, so muß er gemäß § 249 den Zustand herstellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Dieser Zustand ist für den Schuldner der, daß er sich nach Wahl des Gläubigers den Verlust des Schimmels gefallen lassen müßte, wenn er den Rappen behalten dürfte. Verzichtet also der Gläubiger auf den Rappen, so hat er der Schadensersatzpflicht genügt. Auch aus § 265 ergibt sich dasselbe: „übrige" Leistungen sind nicht etwa nur der Rappe, sondern auch nach § 281 Abs. 1 der an die Stelle des Schimmels getretene Schadensersatzanspruch des

Schuldners gegen den Gläubiger selbst. Die Abtretung dieses Anspruchs kann der Gläubiger trotz Konzentration auf die „übrigen" Leistungen noch immer wählen. Wählt er ihn, so erlischt seine Ersatzpflicht durch confusio.

§ 263. 1. Welchen Zwecken dient die Wahlschuld?

a) Litten: Die Wahlschuld des BGB. dient zwei verschiedenen begrifflichen Zwecken, dem Wahlzweck und dem Versicherungszwecke. Dieser kommt im § 265 Satz 1 (Surrogationsprinzip), jener im § 263 zum Ausdrucke. Die jederzeit mögliche Wahlerklärung aber vereitelt den Versicherungszweck. Der Zwangsersatz gemäß § 265 Satz 1 macht wiederum den Wahlzweck zunichte. Grundlegend hierüber für das römische Recht Regelsberger, Iherings J. **16** 171. Vgl. auch 32—36, 68—71, 190—194, 198—203. Die hierdurch im Einzelfall entstehenden „Härten" können teilweise durch eine Auslegung gemäß §§ 242, 133, 157 beseitigt werden (192/193, 203—205). De lege ferenda ist die Schaffung zweier gesonderter Typen — der reinen Auswahlschuld und der reinen Versicherungsschuld — zu fordern (222/223).

b) Dittenberger, IW Bl. **15** 86 bemerkt zu den Ausführungen Littens: Es handelt sich zunächst rein objektiv um zwei Zwecke der Wahlschuld: den Variationszweck und den Substitutionszweck. Der erstere soll es ermöglichen, einem Geschäfte mehrere gleichwertig nebeneinander stehende Inhalte zu geben, deren einer zur Perfektion gelangen soll; der letztere zielt darauf ab, zu ermöglichen, daß an Stelle eines nicht zu perfizierenden Geschäftsinhalts ein anderer tritt. Dies ist das Ergebnis rein objektiver Würdigung. Kommt nun der Parteiwille hinzu, so ergibt sich: der Variationszweck wird nutzbar gemacht dadurch, daß einer Partei die Bestimmung gestattet wird darüber, welcher der verschiedenen Geschäftsinhalte zur Perfektion gelangen soll: Wahlzweck. Der Substitutionszweck wird nutzbar gemacht durch eine Vereinbarung, nach welcher die eine Partei sich einem Zwange zur Ersetzung unterwirft: Versicherungszweck.

Im übrigen stimmt der Verfasser Litten meist zu; betreffs der bedingten Wahlschuld erklärt er sich für die Konstruktion Pescatores, welcher das Vorhandensein mehrerer bedingter einfacher Obligationen annimmt.

Weitere Bemerkungen im einzelnen s. a. a. O.

2. Wahlerklärung. Konzentration.

a) Litten führt aus:

α. Die Wahl ist ein Recht der Partei, aber auch ihre event. gemäß § 264 erzwingbare Pflicht. Nur mit Übereinstimmung beider Parteien ist das Wahlrecht übertragbar (124—129, 140—142).

β. Die Wahl erfolgt durch formfreie, empfangsbedürftige Willenserklärung, welche unter Abwesenden dem Empfänger so vermittelt werden muß, daß dieser von ihr nach allgemeinen Verkehrsanschauungen wenigstens hätte Kenntnis nehmen können. Unter Anwesenden dagegen ist wirkliche Kenntnisnahme erforderlich (144—146). Die Willenserklärung in Unkenntnis des Wahlrechts ist gemäß § 119 anfechtbar, sie ist nichtig, wenn der Empfänger sie als Wahlerklärung gar nicht ansehen konnte. (Insbesondere die perplexe Wahlerklärung.) Eine bedingte und befristete Wahlerklärung ist vor Ablauf der Wahlpflicht zulässig (150—159). Die Wahl kann auch durch schlüssige Handlungen zum Ausdrucke gelangen: Leistung des wahlberechtigten Schuldners, Annahme durch den wahlberechtigten Gläubiger, Erhebung der Leistungs- oder Feststellungsklage (wobei streng zwischen der Klage als Prozeßbegründungs- und als Wahlerklärungsakt hinsichtlich der Formerfordernisse usw. zu unterscheiden ist, was insbesondere auch für die Einflußlosigkeit der Klagezurücknahme auf die Wahlausübung beachtlich bleibt), Zustellung des Zahlungsbefehls u. a. (159 ff.).

γ. Die gültige Wahlerklärung verwandelt die Wahlschuld mit rückwirkender Kraft in eine einfache Schuld (sog. Konzentration der Wahlschuld). Bei Schuldenwahl (=suspensiver Pendenz) wirkt diese Fiktion nur für die gewählte Leistung; bei Gläubigerwahl (=resolutiver Pendenz) nur für die nicht gewählten Leistungen (129 u. 130).

b) Langheineken a. a. O. 197 ff.: Nach § 263 Abs. 2 tritt die Konzentration ex tunc, im § 265 Satz 1 ex nunc ein.

Keine Ausübung des Wahlrechts enthält die Annahme oder die Bewirkung einer der alternativ geschuldeten Leistungen, wenn sie in Unkenntnis des Wahlrechts geschieht. Doch ist dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 zuzugestehen. In gleicher Weise ist Widerruflichkeit anzunehmen, wenn der wahlberechtigte Schuldner einen der mehreren Gegenstände in Unkenntnis seines Wahlrechts geleistet hat; denn auch hier ist nur blind geleistet worden. Es ist ein Kondiktionsanspruch gemäß § 812 begründet. Auch hier steht dem anderen Teile, dem Gläubiger, § 273 zur Seite.

Crome a. a. O. 199 spezielle Bemerkungen gegen Hellwig, Anspruch und Klagrecht 110 ff. (ZPO. §§ 253, 322, 893).

3. Wahlschuld und Gattungsschuld.

Schneider, Goldschmidts Z. **51** 307 ff. bemerkt gegen Haver, Gattungsschuld 52 (s. JDR. **1** Note 1b zu § 243), der Abs. 1 für die Gattungsschuld anwendbar erklärt: Eine einseitige Erklärung hat in Fällen, in denen ihr weder Gesetz noch Vertrag Wirksamkeit beilegt, keine rechtserzeugende Bedeutung. Eine solche Wirkung hat das Gesetz nicht der Wahlerklärung, sondern dem Umstande, daß Schuldner seinerseits das zur Leistung Erforderliche getan hat, beigelegt. Hierzu gehört eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung des Schuldners. Die Wahlerklärung ohne hinzukommende Handlung hat keine Wirkung.

§ 264. 1. a) Litten 168—178: Verzug, Prozeßbeginn und (alternative) Verurteilung sind ohne Einfluß auf das Wahlrecht des Schuldners. — Erst mit dem „Beginne der Zwangsvollstreckung" im Sinne der ZPO. (nicht etwa schon mit der Auftragerteilung an die Vollstreckungsorgane) geht das Wahlrecht auf den Gläubiger über. Gleichzeitig erfolgt die Ausübung des Wahlrechts dem Vollstreckungsschuldner gegenüber durch schlüssige Handlungen. Die Wahlschuld konzentriert sich auf die in executione befindliche Leistung. Bis zum Empfange, wenigstens eines Teiles dieser Leistung, besteht eine facultas alternativa des Schuldners bezüglich der übrigen Leistungen. A. M. insbes. Eccius, Gruchots Beitr. **42** 204 und Titze, Unmöglichkeit 202 Note 10. Vgl. auch **RG. 53** 80, JW. **03** Beil. 15.

Über den Beginn des Empfanges der Leistung, wofür die Vorschriften der Zwangsvollstreckungsnormen maßgeblich sind, s. 178—184.

Gerät der Schuldner, der vor Fälligkeit der Leistung vertragsmäßig sein Wahlrecht ausüben sollte, in Wahlverzug, ohne im Leistungsverzug zu sein, so wird man dem Gläubiger eine Klage auf Vornahme der Wahl mit den Exekutionsmitteln des § 888 ZPO. nicht versagen dürfen (184—186).

b) Litten 186—188. Wählt der Gläubiger bei Fälligkeit und Angebot der wahlweise geschuldeten Leistungen (beachtlich § 295) nicht, so ist er im Annahmeverzuge. Der Schuldner kann ihn alsdann unter angemessener Fristsetzung zur Wahlvornahme auffordern, auch diese Fristsetzung mit der Aufforderung gemäß § 295 verbinden. A. M. F. Leonhard, Iherings J. **41** 4, Planck zu § 264 Note 3b.

Mußte der Gläubiger vertragsgemäß vor Fälligkeit der Schuld wählen, und ist er in bloßen Wahlverzug geraten, so ist nicht nur wiederum die Klage auf Wahlvornahme zu gewähren, sondern hier auch eine analoge Anwendung

des § 264 Abs. 2 unbedenklich. Oertmann (zu § 264) hat sogar nur den Fall des Wahlverzugs im Auge. Die herrschende Meinung dagegen bezieht den § 264 Abs. 2 nur auf den Annahmeverzug. Der Wortlaut gestattet, beides darunter zu begreifen (188 f.).

2. OLG. Posen, R. **03** 399 Nr. 2128: Zu den Fällen, in denen zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, gehören auch die Schuldverhältnisse mit Wahlrecht des Gläubigers; denn da der Schuldner nur die eine oder die andere Leistung zu bewirken hat, ist zur Ermöglichung der Leistung die vorherige Wahl des Gläubigers erforderlich.

3. M. Sohm, Goldschmidts Z. **53** 91: Die mehreren Sachen sind in ihrer Gesamtheit geeignet, den Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs abzugeben; doch ist es ratsam, daß der Schuldner, bevor er dazu schreitet, die Schuld auf eine der wahlweise geschuldeten Sachen konzentriere.

4. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 916 ff., JW. **03** Beil. 77: Das Wahlrecht geht dadurch, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auf die von ihm gewählte Leistung richtet, nicht unter; es erfährt nur eine Umbildung dahin, daß der Schuldner, wenn er die andere, vom Gläubiger nicht gewählte Leistung seinerseits wählen will, dies wirksam nur mittels eines bezüglichen Realangebots tun kann; bloß wörtliche Ausübung des Wahlrechts genügt nicht. Vgl. **RG. 53** 82, JW. **03** Beil. 15.

Im Falle der §§ 887, 888 ZPO. (und so auch bei Verurteilungen auf Abstellung von Immissionen) ist aber § 264 unanwendbar, weil von einer Mehrheit von Leistungen keine Rede ist, sondern nur eine einzige Leistungspflicht in Frage steht; nur hinsichtlich der Mittel, durch welche diese erfüllt werden kann, hat der Verurteilte die Wahl zwischen den verschiedenen an sich gegebenen Möglichkeiten. Dieses Wahlrecht kann aber nie durch ein einseitiges Vorgehen des Gläubigers verkümmert werden.

5. Abs. 2. Linsmayer a. a. O. (s. o. zu § 254 Note 12b) 31: Nach Art. 4 des bayer. Feldschadengesetzes (ebenso nach dem preuß. Forst- und Feldpolizeigesetze § 69 Abs. 3 Satz 1) wird durch das Verlangen des Ersatzgeldes seitens des Verletzten diesem die Geltendmachung eines weiteren Schadens benommen. Erklärt sich der Verletzte der Aufforderung des Tierhalters ungeachtet nicht, ob er das Ersatzgeld oder Schadensersatz verlange, und befindet er sich im Annahmeverzuge, so wird der Tierhalter ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung auffordern müssen und nach Ablauf der Frist mangels einer Erklärung des Verletzten die Ersatzgeldzahlung mit der oben erwähnten ausschließenden Wirkung wählen können.

§ 265. 1. Litten: a) Nachträgliche (totale) Unmöglichkeit, der nach § 275 Abs. 2 das nachträgliche Unvermögen des Schuldners gleichsteht, läßt die unmögliche Leistung ex nunc aus dem Wahlschuldverhältnis ausscheiden. Das Schuldverhältnis (nicht nur das Wahlrecht, wie Titze 198 meint,) beschränkt sich auf die noch möglichen Leistungen (195—198). Hat jedoch der nicht Wahlberechtigte die Unmöglichkeit zu vertreten, so dauert die Wahlschuld, gerichtet auf die noch mögliche Leistung und die unmögliche, fort. Über die hieraus sich ergebenden Rechtsfolgen vgl. 206; über die verwickelten Kombinationen bei nachträglicher Unmöglichkeit sämtlicher Leistungen vgl. 211—215. — Die nachträgliche teilweise Unmöglichkeit steht hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 265 der totalen gleich (208—211). A. M. Schollmeyer zu § 265 Ziff. 2a—e.

b) Ursprüngliche (totale) Unmöglichkeit „beschränkt“ das Wahlschuldverhältnis eigentlich nicht, sondern läßt es bereits als ein auf die mögliche(n) Leistung(en) gerichtetes entstehen. § 265 durchbricht hier die allgemeinen Vorschriften der §§ 139, 306. Die Vorschrift des § 265 Satz 2 gilt hier nicht,

einen Ersatz bietet § 307 (216—220). — Die ursprüngliche teilweise Unmöglichkeit steht der totalen hierin wiederum gleich, wenn nicht ausnahmsweise anzunehmen ist, daß die Wahlschuld auch ohne den nichtigen Teil der einen Alternative eingegangen sein würde. Letzterenfalls läge eine unbeschränkte Wahlschuld vor (220 f.).

2. Langheineken 208 ff.: Satz 2 hat auch für den Fall der passiven Form Bedeutung, und zwar die, daß die durch Schuld des Gläubigers unmöglich gewordene Leistung formell, eventuell in der alternativen Verbindung fortgeführt werden soll (209).

Die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Wahlschuld ist auch dann vom Schuldner zu vertreten, wenn alle Leistungen unmöglich geworden sind und davon nur eine einzige durch Schuld des Schuldners. Wenn zuerst die eine von zwei alternativ geschuldeten Leistungen durch Schuld des wahlberechtigten Schuldners unmöglich wird und hinterher die andere kasuell, so bleibt der Schuldner auf das Interesse des Gläubigers an der durch seine Schuld untergegangenen Leistung verhaftet. § 265 Satz 1 gilt unbedingt, also auch, wenn für den Untergang einer Leistung den wahlberechtigten Gläubiger die Verantwortlichkeit trifft (210).

Etwas anders bei der A.=E. Einzelnes darüber, wann die primäre oder sekundäre Leistung durch Verschulden oder kasuell unmöglich wird, s. 211 ff.

3. Kisch, 538 ff. wendet sich gegen Titzes „durchaus originelle und selbständige Auffassung“ von der Unmöglichkeit bei Wahlschulden. Nach Titze soll die Unmöglichkeit der einen alternativ geschuldeten Leistung lediglich eine Beschränkung der Wahl auf die andere herbeiführen. Der geschuldete Gegenstand trete damit nur ex electione, nicht ex obligatione. Dies habe die praktische Folge, daß, wenn nachträglich auch die übrigen Leistungen unmöglich würden, die Wahlbefugnis wieder auflebe und auf das früher ausgeschiedene Schuldobjekt gerichtet werden könne. — Kisch hält diese Auffassung für unvereinbar mit dem Gesetze. Ein vernichteter Gegenstand sei, — das liege schon in der Natur der Sache, — nicht bloß unwählbar, er könne überhaupt nicht geschuldet sein, und deshalb könne er auch nachträglich nicht wieder kraft des Schuldverhältnisses gewählt werden, aus welchem er ein für allemal ausgeschieden sei. — Dies gelte in besonders hohem Maße bei der anfänglichen Unmöglichkeit, da hier die unmögliche Leistung offensichtlich überhaupt gar nicht in obligatione sei. Auch sei das Ergebnis unbillig, wonach dem nichtwahlberechtigten Teile zugemutet werde, mit der Eventualität zu rechnen, daß nachträglich auch die übrigen Leistungen nicht mehr erbracht werden können, und daß nunmehr der Gegner auf eines der früheren, infolge der Unmöglichkeit eliminierten Schuldobjekte zurückgreife.

Somit sei nach § 265, wenn eine Unmöglichkeit hinsichtlich sämtlicher Leistungen platzgreife, zu unterscheiden, ob sie bezüglich aller im gleichen Moment oder zu verschiedenen Zeitpunkten eintrete. (Näheres a. a. O. 540.)

Über Abweichungen in einigen anderen Punkten s. das. 540 ff.

§ 266. 1. Kisch 532 nimmt mit Titze, Unmöglichkeit 149, an, daß bei einer teilweisen zufälligen Unmöglichkeit der mögliche Rest vom Schuldner geliefert und vom Gläubiger angenommen werden muß, hält dies aber nicht, wie Titze, für eine Ausnahme von § 266. Denn infolge der Unmöglichkeit hat sich das Schuldverhältnis auf den möglich gebliebenen Rest beschränkt.

2. OLG. Breslau, R. 03 338: Dadurch, daß dem Leistungspflichtigen zur Anschaffung oder dem Leistungsberechtigten zum Absatze der zu liefernden Warenmenge vertragsmäßig ein Zeitraum belassen wird, wird noch nicht das Recht zu Teilleistungen begründet.

Ist in Teilleistungen zu liefern, so bleiben die Vertragsgenossen auch nach Eintritt der Fälligkeit im Sinne des § 284 Abs. 1 an sie gebunden. Die Fälligkeit der Einzelleistungen berechtigt den nichtsäumigen Teil zum Vorgehen gemäß § 326; der Verzug mit einer Teilleistung kann schon genügen.

§ 267. 1. M. Sohm, Goldtschmidts Z. **53** 87 verneint die Frage, ob das Verkaufsrecht (§ 383) auch Dritten zusteht, für die Regelfälle, in denen der Gläubiger auch dem Dritten gegenüber ein uneingeschränktes Recht auf Leistung hat. Denn die Berechtigung zum Selbsthilfeverkauf entsteht regelmäßig nur zugunsten desjenigen, welcher die materiellen Voraussetzungen des § 383 zu erfüllen, insbesondere als „Schuldner" seinen Gläubiger in Annahmeverzug zu versetzen vermag. Für den Dritten fehlt es an einer causa depositionis vel venditionis.

2. Siber: Leistung durch einen Dritten, Beitreibung aus einem Pfande (§ 1247 Satz 1) oder durch Zwangsvollstreckung (ZPO. §§ 815 Ziff. 3, 819) sind nicht Ersatzleistung für ausbleibende Erfüllung, sondern selbst Erfüllung, wenn sie zur Schuldtilgung, dagegen entgeltliche Enteignung, wenn sie zum Übergange der Forderung führen (§§ 268, 1150, 1249; 426 Abs. 2; 774 Satz 1, 1143, 1225, s. aber § 1164 Satz 1). (6 f., 154 ff, 239 f., 244 ff.)

3. Der Widerspruch des Schuldners ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine unmaßgebliche Willensäußerung. Eltzbacher 194/195.

§ 268. 1. Das Recht aus § 268 steht dem nur vorgemerkten Hypothekengläubiger nicht zu. Reichel, Iherings J. **46** 142.

2. BayrObLG. **4** 114 ff.: Gegen die Ansicht, daß § 268 dort (für Hypothekengläubiger) nicht anwendbar sei, wo das Grundbuch noch nicht angelegt sei, läßt sich geltend machen, daß die Vorschrift mit dem Liegenschaftsrechte überhaupt in keinem Zusammenhange steht (vgl. Planck VI 325 Note 3). Der Art. 189 Abs. 1 Satz 1 EG. z. BGB. steht deshalb, wenn die Forderung, wegen deren die Zwangsvollstreckung betrieben wird, mit einer Hypothek verbunden ist, dem Übergange der Forderung mit der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden Dritten nicht entgegen, der Übergang vollzieht sich nach § 268 Abs. 3 wenigstens dann ohne weiteres, wenn das bisherige Recht einen von anderen Voraussetzungen, insbesondere der Eintragung, unabhängigen Übergang kraft des Gesetzes bei Hypothekenforderungen anerkennt.

Da aber die Forderungen der befriedigten Gläubiger unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes entstanden sind, so kommt Art. 170 EG. in Betracht; und zu den Vorschriften über den Inhalt des Schuldverhältnisses gehören auch die Vorschriften darüber, ob und unter welchen Umständen der Gläubiger sich die Befriedigung durch einen Dritten gefallen lassen muß. Die abweichende Ansicht von Planck (Komm. VI 278 Note 8c) und Habicht (Einwirkung 232) würde nur dann zu billigen sein, wenn das Befriedigungsrecht des Dritten als eine Wirkung der Zwangsvollstreckung anzusehen wäre. Die Vorschrift des § 268 findet sich aber nicht in der ZPO. unter dem Abschnitte Zwangsvollstreckung, sondern im BGB., im Rechte der Schuldverhältnisse (120 f.).

§ 269. 1. Abs. 1. Langheineken 56: Der Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses liegt bei betagten und bedingt wirksamen Forderungen — d. h. solchen, bei denen lediglich die Durchführung, die Verwirklichung hinausgeschoben ist, — s. a. a. O. 51, 52, auch unten zu § 398 — vor der Fälligkeit, bei sonstigen befristeten oder bedingten Forderungen fällt er mit dieser zusammen.

2. Über den Sitz von beschlagnahmten Forderungen vgl. Silberschmidt, Die Güterpflege auf Grund der Vermögensbeschlagnahme nach dem geltenden

und dem künftigen Reichsrecht, A.bürgR. **15** 127—128. Für die Frage, ob sie sich in Deutschland befinden, kommt § 269 in Betracht. Entscheidend ist eventuell der Ort, an welchem der Schuldner seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat.

3. Für ein Schuldverhältnis ist das am Erfüllungsorte geltende Recht maßgebend. (**RG. 4** 246, **6** 131, sowie die dort angeführte Literatur.) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 85.

4. KG. Seuff. A. **59** 263, DJZ. **03** 83: § 269 trifft darüber, wo innerhalb eines Ortes die Erfüllung stattzufinden hat, keine Bestimmung; hier ist Gebrauch oder Geschäftssitte maßgebend. S. auch unten Note 8 e das Tatsächliche.

5. OLG. Dresden, Sächs.OVG. **25** 198 ff.: Auch die Quittungsleistung unterliegt den §§ 269, 270. Bei Hypothekenforderungen entsteht der Anspruch auf Quittungsleistung mit der Bezahlung.

6. Unterlassungen. **RG. 51** 312, JW. **02** Beil. 239, — jetzt auch Seuff. A. **58** 114 ff., s. JDR. **1** zu § 269 Note 1 a. E. (Erfüllungsort für Unterlassungen); s. ferner oben zu § 241 Note 7 b.

RG. Gruchots Beitr. **47** 919, JW. **03** Beil. 5: Erfüllungsort für Verpflichtungen, die in einem Unterlassen bestehen, ist, — sofern das Unterlassen nicht an einen bestimmten Ort gebunden ist, — der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses.

7. Vertragliche Bestimmung. Fortlaufende Geschäftsverbindung. Vgl. JDR. **1** zu § 269 Note 3.

a) **RG.** JW. **03** 45 Note 2, vgl. das. Note 5: Aus der Vereinbarung eines Erfüllungsorts kann unter Umständen auf die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes geschlossen werden.

b) OLG. Hamburg, DJZ. **03** 108: Der Vordruck auf der Kommissionsnota „Erfüllungsort N. N." ist in Ermangelung einer Vereinbarung unwirksam. Die Kommissionsnota, welche der Reisende dem Kunden nach Abschluß des Geschäfts gibt, soll einen Beleg für das mündlich Vereinbarte geben; sie hat nicht die Bedeutung einer Schlußnote oder eines Bestätigungsschreibens, welche zwischen den Beteiligten gewechselt werden und dispositive Erklärungen derselben enthalten.

c) LG. Waldshut, BadRpr. **03** 75, 76: An der von Düringer-Hachenburg, HGB. 216, Staub, HGB. Exk. z. § 372 Anm. 27, ROHG. **22** 144, **RG. 5** 394, Bolze V 650 u. JW. **88** 292, OLG. Karlsruhe, BadRpr. **00** 298 vertretenen Ansicht, daß der Käufer durch vorbehaltlose Annahme der Kommissionsnota die Billigung der Abänderung des Erfüllungsorts zu erkennen gibt, muß für den ersten Geschäftsabschluß unbedingt festgehalten werden. — Bei einer Fortsetzung der Geschäftsverbindung kann ein solcher Vermerk über den Erfüllungsort eine Bedeutung für die folgenden Geschäftsabschlüsse erhalten. Der Lieferant, der sich auf einen durch die Kommissionsnoten vereinbarten Erfüllungsort bzw. Gerichtsstand beruft, hat Umstände darzutun und zu beweisen, aus denen hervorgeht, daß der Käufer sich beim Geschäftsabschlusse des durch die früheren Kommissionsnoten ausgedrückten Willens des Verkäufers bezüglich des Erfüllungsorts bewußt gewesen sein muß. (OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 111.)

RG. JW. **03** Beil. 15: Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. ist der einseitige Vermerk auf den über gelieferte Waren ausgestellten Rechnungen, durch den ein anderer Erfüllungsort als der gesetzliche bezeichnet wird, in jedem Falle rechtlich unerheblich und ungeeignet, darauf ein stillschweigendes Einver-

ständnis des Käufers zu gründen. Kann aber in jedem einzelnen Falle hinsichtlich des betreffenden Geschäfts aus dem Schweigen des Empfängers der Rechnung kein für ihn nachteiliger Schluß gezogen werden, so kann er auch bei fortgesetzten Warenbestellungen und -Lieferungen keine Bedeutung gewinnen.

KGBl. **14** 5 (KG.): Es bedarf bei einer fortlaufenden Geschäftsverbindung unter Kaufleuten nicht der jedesmaligen Wiederholung der allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen bei jeder Bestellung, sondern was bei der ersten verabredet ist, gilt auch bei allen späteren. Sollte es nicht gelten, so mußte dies besonders vereinbart sein.

8. Einzelne Fälle. Aus der Rechtsprechung.

a) Regreßklage gegen Aufsichtsratsmitglieder.

Bondi, DJZ. **03** 397 widerspricht der Auffassung des LG. Dresden, das unter Berufung auf § 269 als Gerichtsstand für Regreßklagen gegen Aufsichtsratsmitglieder den Gerichtsstand der Gesellschaft bezeichnet. Da nach § 269 im Zweifel der Wohnort des Schuldners den Erfüllungsort bestimme, so sei dies hier der des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds.

b) Vertrag über ärztliche Behandlung.

Flügge, Recht des Arztes 68: Regelmäßig muß der Arzt den Kranken in dessen Wohnung behandeln; anders, wenn die Art des Leidens dem Kranken den Besuch des Arztes gestattet.

c) Verlagsvertrag mit einem Ausländer.

Erfüllungsort für die Pflichten des Kontrahenten bei einem Verlagsvertrag ist regelmäßig der Wohnort des Verlegers. Isaac, Böhms Z. **13** 374 ff.

d) Insertionsvertrag mit Zeitungen.

Es besteht kein Handelsgebrauch, nach welchem für die Zahlung des Insertionspreises für Zeitungsinserate derjenige Ort Erfüllungsort ist, an dem die betreffende Zeitung erscheint. Wo es sich um Aufträge von Annoncen-Expeditionen handelt, wird häufig der Betrag von der Kasse dieser Expeditionen abgeholt. Apt, Gutachten der Ältesten (1 F.) 82. S. auch das Gutachten daselbst Ziff. 3. —

e) Händler. Verkauf ins Haus.

KG., Seuff. A. **59** 263, DJZ. **03** 83 (s. auch oben Note 4): Ein Händler von Brennmaterial, der Waren mit der Verpflichtung zur Anfuhr verkauft, und die Anfuhr mit seinen Wagen, Pferden und Leuten bewirkt, hat die Übergabe in der Wohnung oder den Geschäftsräumen des Käufers zu leisten, erfüllt also erst hier.

f) Notariatsgebühren.

OLG. **6** 380 (KG.): Bei Notariatsakten besteht ein allgemeiner Gebrauch, die Gebühren sofort nach Aufnahme des Aktes zu bezahlen, lediglich hinsichtlich solcher Akte, welche sofort vollständig erledigt zu werden pflegen (z. B. Beglaubigungen), keineswegs jedoch dann, wenn der aufgenommene Akt ausgefertigt werden muß oder der völligen Erledigung des Geschäfts ein anderes Hindernis entgegensteht (z. B. es ergibt sich die Höhe der Schreibgebühren erst nach der Herstellung der Ausfertigungen). — Deshalb wurde die Klage eines Notars, der gegen den in Hannover wohnenden Beklagten auf Zahlung der Gebühren und Auslagen klagte, in Berlin wegen Unzuständigkeit abgewiesen.

g) Wandelungsklage.

RG. 55 105 ff., insbesondere 112 ff., JW. **03** Beil. 95, DJZ. **03** 453: Wenn gemäß §§ 467, 346, 348 die beiderseitigen Leistungen infolge der Wandelung Zug um Zug zurückzugewähren sind, so ist in der Regel als gemeinsamer Erfüllungsort für diese beiderseitigen Verpflichtungen derjenige Ort anzusehen,

an dem der Käufer dem Verkäufer die gekaufte Sache zurückzugeben hat. Da aber § 345 nur von einem Zurückgewähren spricht, so braucht der Käufer die Sache nicht auf seine Kosten an den Ort zurückzubringen, wo der Verkäufer sie ihm übergeben hat, sondern er genügt seiner Pflicht durch die Rückgabe der Sache an dem Orte, wo sie sich dem Vertrage gemäß befindet. Hiermit stimmt auch namentlich bei beiderseitigen Handelskäufen das in der Regel vorhandene Interesse der beiden Vertragschließenden; s. das Nähere über dieses Interesse a. a. O. — Ebenso OLG. **6** 380—381 (Breslau): Im Falle der Wandelung (§§ 462, 467, 346, 348) ist der Käufer nicht verpflichtet, die zurückzugebende Sache dem Verkäufer zu übersenden. Nach § 269 hat die Rückgabe regelmäßig dort zu erfolgen, wo der Käufer zu der in Betracht kommenden Zeit seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte. Es ist belanglos, daß für den Verkäufer hinsichtlich der Erfüllung seiner Pflicht aus dem Kaufvertrag ein anderer Ort Erfüllungsort gewesen wäre. Es muß demnach die Erfüllung der aus dem Wandelungsanspruche sich ergebenden wechselseitigen Verpflichtungen dort erfolgen, wo sich die zurückzugebende Sache infolge des Vertrags befindet. — Vgl. auch ebenda 381—382 OLG. Stuttgart, bestätigt durch die obige **RG.**-Entscheidung.

S. auch IDR. **1** zu § 269 Note 2 Abs. 4.

h) Schadensersatzanspruch aus § 326.

RG. 55 423 ff.: Die auf Grund des § 326 Abs. 1 geltend gemachte Verpflichtung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist eine einheitliche dafür, daß der Vertrag in seiner Gesamtheit nicht vereinbarungsgemäß zur Erfüllung gelangt ist; deshalb kann es für sie nur einen Erfüllungsort und nur einen Gerichtsstand geben; eine Zerlegung des Klaganspruchs in zwei Teile und Annahme eines besonderen Gerichtsstandes für den durch die Abnahmeverweigerung verursachten Auslagenbetrag und für den entgangenen Gewinn ist unzulässig.

i) Giroverkehr.

RG. JW. **03** Beil. 137: Auf Grund einer Vereinbarung, daß der aus jeder Abrechnung sich für den Schuldner ergebende Schuldbetrag an einem bestimmten Tage eines jeden Monats auf Girokonto der Reichsbanknebenstelle zu X, bei welcher der Gläubiger ein Girokonto hat, überwiesen sein muß, ist X als vertraglicher Erfüllungsort angenommen worden. Diese Auslegung ist als eine mögliche vom RG. gebilligt worden. Daneben wird auch die andere Auffassung als möglich und sogar „nahe liegend" bezeichnet, daß durch die Vereinbarung nicht der gesetzliche Leistungsort für den Schuldner geändert, sondern nur die Art bestimmt werden sollte, in welcher die gesetzlich in Y zu leistende Zahlung an den Gläubiger nach X übermittelt werden sollte.

§ 271. 1. De Claparède — s. unten zu § 284 — 39 ff.: Die Fälligkeit ist das fakultative „Wann" des Forderndürfens des Gläubigers, bzw. des Leistenmüssens des Schuldners, mithin gegenüber dem „Was" und dem „Wo" der Obligation das rein zeitliche Moment derselben, ohne indes in einer debitorischen Leistungsberechtigung aufzugehen (l. 213 D. 50, 16) (44 ff.). Der zeitweise gerichtliche Ausschluß der gerichtlichen Geltendmachung vermag nur in gewissen, seltenen Fällen (z. B. § 2014) die Fälligkeit nicht zu berühren, berechtigt aber nicht, wie geschehen, zu einer Generalisierung (insbesondere nicht im Falle von § 1394; hier kann die Frau mit den fraglichen Ansprüchen keineswegs kompensieren; eine vorzeitige Mahnung wäre als plus petitio nichtig).

Fälligkeit und entgegenstehende Einrede sind konstruktiv nicht immer a priori einander ausschließende Begriffe. Sonst würde jedes schuldnerische Gegenrecht etwa aus §§ 273, 274, bzw. die Einrede mangelnder Kautionsleistung die Fällig-

keit der gläubigerischen Gegenforderung ungebührlich vertagen, jede Aufrechnungsmöglichkeit den geltend gemachten Erfüllungsanspruch dauernd paralysieren. Insbesondere tangiert nicht die exceptio non adimpleti contractus den rechtlichen Bestand der Gegenforderung: wie die Leistungspflicht ist auch die Leistungsbefugnis — die actio — des Gläubigers selbständiger Natur. Hiernach genügt bei gegenseitigen Verträgen bzw. bei bestehenden Gegenrechten eine auf die gegnerische Leistung schlechthin abgestellte Interpellation (41 ff., 116 ff.). Über vertragsmäßige Fälligkeit s. a. a. O. 47 ff., über gesetzliche 65 ff.

2. a) Lotmar 362 ff.: Obzwar der Arbeitnehmer nicht vorzeitige Entrichtung der Vergütung rechtlich erzwingen kann, so kann er doch, falls sein Arbeitsverhältnis zu periodischer Leistung von Entgelt führt, auch wegen erst nach Erlassung des Urteils fällig werdender Vergütungen auf deren künftige Entrichtung klagen (ZPO. §§ 258, 323); vgl. aber Lotmar 363 Anm. 1.

b) Ebenda 475 ff. — Abs. 1 ist formell eine Regel für die Arbeitszeit, inhaltlich gibt es keine Regelung derselben, weil er nichts über Lage, Umfang oder Verteilung der Arbeitszeit vorschreibt. Wenn danach der Arbeitgeber unter gewissen Bedingungen die Arbeit sofort verlangen kann, so kann er sie auch später und jederzeit verlangen, solange sie noch zu leisten ist. Ebenso sind nach SeemO. § 30 und BinnenschG. § 23 der See- wie der Binnenschiffsmann verpflichtet, jederzeit alle für die Flößerei ihm übertragenen Arbeiten zu verrichten. Solche Vorschriften bedeuten das Gegenteil einer Regelung der Arbeitszeit; sie geben die Ungeregeltheit gesetzlich frei.

c) Ebenda 481: In Betracht kommen nach Abs. 1 bei Arbeitsverträgen namentlich der bisherige Brauch der Arbeitsstätte, die Natur des Arbeitsprozesses oder der Zweck der Arbeit; hieraus kann sich etwa ergeben, daß sie am Vormittag oder alsbald in Angriff zu nehmen, ununterbrochen fortzusetzen oder zeitweise einzustellen und bei einem gewissen Punkte zu endigen sei. (Beispiele a. a. O.: Kellnern, Landwirtschaft, Bauten, Heizer, Maschinist einer Fabrikdampfmaschine, Krankenpflege, Arzt usw.). Daneben kommen vor: Übereinkunft und einseitige Bestimmung (482 ff.).

3. Abs. 1. Flügge, Recht des Arztes 68: Der Arzt darf entscheiden, in welcher Reihenfolge er seine Kranken behandeln will.

4. Ueber einen Fall der Einrede einer bewilligten Teilzahlung und Prolongation der jedesmaligen Wechselrestschuld s. OLG. Marienwerder, Seuff. A. **58** 257 ff. — Ueber die Beweislast s. JDR. **1** zu § 271 Note 3 a. E., § 158 Note 4c und oben zu § 158 Note 3.

§ 273. 1. Grundlegung. Langheineken, 327 ff.:

a) Begriff und allgemeine Eigenschaften.

α. „Aus demselben rechtlichen Verhältnis" ist weiter als „aus demselben Rechtsverhältnis"; es umfaßt auch die Fälle, wo die eine Verpflichtung nur in Anlaß desselben Rechtsverhältnisses aus einem anderweiten Tatbestand entstanden ist. (Beispiele a. a. O. 198, 199.)

β. Das Zurückbehaltungsrecht ist eine dilatorische Einrede; als Einrederecht gehört es zu den Befugnissen, ist also kein subjektives, weder ein dingliches, noch ein persönliches Recht, es ist ein Hilfsrecht, ein Nebenrecht, insofern es nicht unabhängig von dem Gegenrechte des Schuldners abgetreten werden kann (328). Zurückbehalten kann werden nicht nur eine Sache, sondern auch eine Willenserklärung, selbst eine bloße Unterlassung.

b) Erlöschungsgründe (329 ff.).

α. Allgemeiner Erlöschungsgrund ist die Anbietung der Gegenleistung seitens des Gläubigers. Bezieht sich das Recht auf eine Sache, so hat es grundsätzlich

den Besitz der Sache zur Voraussetzung (bei vorübergehendem Abhandenkommen bleibt es erhalten).

β. Durch eine Stundung und durch jede andere Betagung und Bedingung des Anspruchs wird es ausgeschlossen und ebenso durch das Entgegenstehen einer — dilatorischen oder peremptorischen — Einrede, Aufhebungs-, Kürzungs-, Verjährungseinreden.

c) Anwendungsfälle (331 ff.): Ansprüche aus

α. § 304 (Gläubigerverzug, Mehraufwendungen),

β. § 368 (Quittungsleistung),

γ. § 371 (Rückgabe des Schuldscheins usw.),

δ. § 403 Satz 1 (Abtretungsurkunde bei Zession),

ε. §§ 403 Satz 2, 798 Satz 2, 799 Abs. 2 Satz 2, 800 Satz 2, 811 Abs. 2 Satz 2, 1023 Abs. 1 Satz 1 a. E., 1035 Satz 4 (Kostenvorschuß).

ζ. §§ 669, 670, 1000 Satz 1; §§ 27 Abs. 3, 683 Satz 1, 972, 1835 Abs. 1, 1, 2022, 2218 Abs. 1 usw. (Vorschuß, Ersatz von Aufwendungen, Verwendungen),

η. § 1100 Satz 2.

d) Tatbestände, bei denen das Zurückbehaltungsrecht nicht stattfindet (332 ff., vgl. auch a. a. O. 291 ff., 303 ff.).

α. Selbständige Einreden überall, wo gegen Sicherheitsstellung zu leisten ist, z. B. §§ 258 Satz 2, 526 Satz 1, 1000 Satz 1, 1100 Satz 1, 1160 Abs. 1; es mangelt an einem fälligen Gegenanspruch; es handelt sich überhaupt nicht um Einreden, wo der Schuldner zur „Leistung nur gegen Gegenleistung" verpflichtet ist (a. a. O. 308 ff., 310).

β. §§ 803 Abs. 2, 1428 Abs. 1, 1579 Abs. 1 Satz 1, 1585 Abs. 2. Gegen Hellmann, Crome u. a. (s. a. a. O. 333 Anm. 1) scheidet er trotz des Wortlauts „Berechtigung . . . zurückzubehalten" diese Fälle aus (Begründung a. a. O. 333).

γ. Macht die Landesgesetzgebung von dem ihr durch Art. 94 Abs. 2 EG. z. BGB. vorbehaltenen Recht Gebrauch und legt sie der Anstalt das Recht bei, die Herausgabe der Sache bis zur Bezahlung des Darlehens zu verweigern, so wird der Herausgabeanspruch zwar mit einer Einrede behaftet, aber ein Zurückbehaltungsrecht entsteht nicht, da der Anstalt unter keinen Umständen gegen den Berechtigten ein Anspruch auf Bezahlung des einem Dritten gewährten Darlehens erwächst.

δ. In der Einrede des nicht erfüllten Vertrags handelt es sich nicht um ein Zurückbehaltungsrecht; im Gesetz ist offensichtlich eine derartige Subsumtion vermieden worden, es behandelt beide getrennt (§ 274 Abs. 1, § 322 Abs. 1), führt im § 202 Abs. 2 die Einreden koordiniert, nicht subordiniert mit „insbesondere" nebeneinander auf (näheres a. a. O. 335, 336).

2. Begriff und Charakter der Einrede.

Langheineken, 87 ff. bezeichnet die folgenden sieben dilatorischen Einreden — des Zurückbehaltungsrechts (§ 273), des nichterfüllten Vertrags (§ 320), der mangelnden Sicherheitsleistung (§§ 258 Satz 2, 321, 811 Abs. 2 Satz 2, 867 Satz 3, ZPO. § 838, — vgl. BGB. § 202 Abs. 2), Ausgleichung eines Fehlbetrags (§ 526 Satz 1), der mangelnden Genehmigung von Verwendungen (§ 1000 Satz 1), der mangelnden Erstattung des berichtigten Kaufpreises (§ 1100 Satz 1), der mangelnden Urkundenvorlegung (§ 1160 Abs. 1) — als „Ausnahmeeinreden", weil sie in Abweichung von der Regel, wonach ein Anspruch infolge einer entgegenstehenden Einrede eine Beschränkung seiner Geltendmachung erleidet, der Fälligkeit entbehrt, die Fälligkeit des Anspruchs nicht berühren. Dies führt er insbesondere an den §§ 273 Abs. 1, 321 — §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 durch (89). Es wird eine Verurteilung zu gegenwär-

tiger, aber inhaltlich beschränkter Leistung erzielt. — In materieller Hinsicht ist eine Mahnung geeignet, den Gegner in Leistungsverzug zu setzen (§ 284 Abs. 1 Satz 1), selbst dann, wenn sie ohne Abtretung der Gegenleistung erfolgt. Der Gegner muß jetzt die Leistung gegen Gegenleistung tatsächlich anbieten; würde nun der Gläubiger nicht die verlangte Gegenleistung anbieten, so käme er selbst in Annahmeverzug (§ 298). Es ist aber (im Falle der §§ 273, 320) dem Gegner nicht verstattet, durch einfache Berufung auf seinen Gegenanspruch, also durch Beanspruchung der Gegenleistung oder bloße Verweigerung der Leistung, die Wirkung der Mahnung auszuschließen und so seinen Partner in Leistungsverzug zu bringen. Der zuerst Gemahnte muß zuerst seine Leistung tatsächlich anbieten, wenn auch unter gleichzeitiger Beanspruchung der ihm geschuldeten Gegenleistung.

Ganz ebenso bei den sonstigen Ausnahme-Einreden (93).

3. Grundgedanken des § 273 (Rechtsprechung). S. auch JDR. **1** zu § 273 Note 1b.

a) OLG. **6** 447 (Stuttgart): § 273 beruht auf dem Gedanken, daß Forderung und Gegenforderung, Recht und Pflicht aus ihrem natürlichen Zusammenhange nicht losgerissen werden sollen; wo aber diesem an sich vorliegenden natürlichen Zusammenhange vom Gesetz aus höheren Gründen die Anerkennung versagt ist, kann sich der Einzelne auf ihn nicht mehr zu seinem Vorteile berufen. S. auch u. Note 9c.

b) OLG. Naumburg, R. **03** 428 Nr. 2238 macht darauf aufmerksam, daß nicht derselbe Rechtsgrund, sondern nur dasselbe Rechtsverhältnis gefordert ist. Es ist in jedem Einzelfalle zu fragen: bestehen zwischen den Parteien rechtliche Beziehungen, in denen sowohl Klag- wie Gegenanspruch wurzeln, so daß es Treu und Glauben widerstreiten würde, wenn beide aus diesem Zusammenhange durch getrennte Rechtsverfolgung wider den Willen des anderen Teiles gerissen würden? S. auch u. Note 9d.

Ähnlich OLG. Frankfurt, ebenda 549 Nr. 2766: Gegenansprüche beruhen stets schon dann auf demselben rechtlichen Verhältnisse, wenn sie in einem natürlichen Zusammenhange stehen, wenn namentlich eine Identität des Zweckes vorhanden ist, auf Grund deren ein „einheitliches Lebensverhältnis" anzunehmen ist.

4. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung. S. auch JDR. **1** Note 4c zu § 273.

a) Goldschmidt, Widerspruch gegen Aufrechnungserklärung, A.bürgR. **15** 169 — s. JDR. **1** zu § 273 Note 4 a. E. (181) — faßt seine Untersuchungen über den Unterschied zwischen Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht dahin zusammen: Bei der Aufrechnung werden die beiden einander gegenüberstehenden Forderungen bezahlt, das Zurückbehaltungsrecht dient nur zur Sicherung. Die Aufrechnung setzt Gleichartigkeit der gegenüberstehenden Forderungen voraus, das Zurückbehaltungsrecht wird in seinem häufigsten Falle (§ 273 Abs. 2) bei ungleichartigen Ansprüchen wirksam. — Das BGB. gewährt im Anschluß an das gemeine Recht das Zurückbehaltungsrecht in dreierlei Form: als Recht der Zurückbehaltung

α. eines Gegenstandes wegen Verwendungen oder Schaden im § 273 Abs. 2,

β. der geschuldeten Leistung bei konnexem Gegenanspruch im § 273 Abs. 1,

γ. der geschuldeten Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage bis zur Bewirkung der Gegenleistung im § 320.

Fernerer Unterschied: das Zurückbehaltungsrecht kann nur im Falle der Konnexität der beiden einander gegenüberstehenden Forderungen ausgeübt werden, die Aufrechnung findet in gleicher Weise bei konnexen wie nicht konnexen Forderungen statt. Über den Grund, weshalb konnexe Forderungen vor nicht konnexen

bei der Aufrechnung den Vorrang haben, s. das. 170 f. Die Geltendmachung der replica compensationis zwecks Geltendmachung des Vorranges der Aufrechenbarkeit von konnexen Forderungen ist nur die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts oder der Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Daß die Wirkungen dieser Replik einer wirklichen Aufrechnung nahe kommen, erklärt sich daraus, daß die beiden einander gegenüberstehenden Forderungen gleichartige sind. In solchem Falle zahlen beide Teile einander, indem sie gegeneinander aufrechnen: die durch das ausgeübte Zurückbehaltungsrecht gewährte Sicherung konsolidiert sich durch sich selbst in eine gleichzeitig durch Aufrechnung erfolgende Leistung.

In ihren Bedingungen und Voraussetzungen bleiben aber die Institute gleichwohl verschieden (172 ff.)

b) Lotmar 423 ff., eingehend über das Wesen der Zurückbehaltung im Vergleiche zur Aufrechnung. Beide dienen dem Arbeitgeber zur Deckung von Ansprüchen (außer dem auf die Arbeitsleistung, da er ja ohnehin noch leistungsberechtigt ist). Dort enge Schranken (BGB. § 394, RGO. § 115), hier kein gesetzliches Verbot, keine Einschränkung, § 273. Dort zwingendes, hier dispositives Recht, — 425 ff.: das Differieren der Anwendungsgebiete: Erfordernis der Konnexität im § 273. Daher keine Zurückbehaltung wegen der Ansprüche aus einem Darlehen, Kauf, einer Miete, mögen sie auch im faktischen Zusammenhange mit dem Arbeitsverhältnisse begründet worden sein. Wohl aber wegen der Ansprüche auf Rückgabe von Plänen, Mustern, Stoffen, Werkzeugen, die der Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitsverhältnisses herauszugeben hat, auf Rechnungslegung, Mitteilung von Wahrnehmungen, auf Vertretung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, die der Arbeitnehmer (oder sein Gehilfe) bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit begangen hat. — Weiterhin: dort Unabwendbarkeit, hier Abwendbarkeit gemäß § 273 Abs. 3. — Die Aufrechnung ist etwas Definitives, die Zurückbehaltung etwas Provisorisches, führt nur zu einem Aufschube, zu einer dilatorischen Einrede. — Verschiedenheit des richterlichen Urteils, falls Aufrechnung und falls Zurückbehaltung geltend gemacht wird. Dort gänzliche oder teilweise Freisprechung, hier Verurteilung in vollem Maße gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung. Bei der Aufrechnung kommt es wegen der Erlöschensfolge auf das Größenverhältnis an (§ 389), bei der Retention ganz und gar nicht (doch wird § 320 Abs. 2 analog anzuwenden sein, 427 Anm. 1). Bei der Kompensation müssen die Forderungen unmittelbar vergleichbare Größen darstellen (§ 387), Mengen vertretbarer Sachen, die Retention ist auch wegen der Leistung irgendeiner Spezies oder Vornahme einer anderen Handlung möglich. Die Retention ist aber auch möglich in den Fällen, in denen dem Gleichartigkeitserfordernisse der Kompensation entsprochen ist. Diese Möglichkeit ist dann von Bedeutung, wenn die Aufrechnung aus den bestimmten Gründen versagt ist. Die Zurückbehaltung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Anspruch des Arbeitgebers auf Geld geht, z. B. mit Schadensersatz. Des weiteren wendet er sich gegen Dernburgs Ansicht, Bürg. Recht II § 59 Nr. III, § 128 zu Anm. 4, daß „Geldleistungen Zug um Zug keinen Sinn" haben, daß sich das Zurückbehaltungsrecht dann zur Aufrechnung gestalten müsse. Das treffe nur zu, wenn der Arbeitgeber kompensieren könne. Aber hier werde im Gegenteil vorausgesetzt, daß er nicht aufrechnen, daher nur durch Zahlung seitens des Arbeitsnehmers befriedigt werden könne. Vielmehr könne sich die Zurückbehaltung nie und nimmer zur Aufrechnung gestalten, weil sie weit und gründlich voneinander verschieden seien, weil die Aufrechnung gegen die Lohnforderung, soweit sie verboten, ausnahmslos verboten sei, daher niemals ein Surrogat der nicht verbotenen Zurückbehaltung sein und nicht auf einem Umweg eingeführt

werden könne. Nur infolge faktischer, nicht richterlicher Notwendigkeit werde sich der Arbeitgeber bereit finden lassen, statt seine Ersatzschuld zu zahlen, um den geschuldeten Lohn zu erlangen, lieber in den — ungültigen — Aufrechnungsvertrag zu willigen, um den Lohn mit Abzug des Betrags der Ersatzschuld anzunehmen. Das weitere s. unten Note 7 IIa.

c) **RG.** JW. **03** Beil. 16: Das Zurückbehaltungsrecht ist gegenüber dem Aufrechnungsrechte nicht ein minus, sondern ein aliud. — Praktische Folgerungen s. u. Note 6b.

d) Hellmann, KrVSchr. **44** 120: Von einem Zurückbehaltungsrechte kann im Gegensatze zur Aufrechnung nur bei Ungleichartigkeit der Ansprüche die Rede sein. Gegen Dernburg, Bürg. Recht 126 ff.

e) Vgl. auch unten Note 7, z. B. Langheineken (Ia).

5. Zurückbehaltungsrecht und natürliche Verbindlichkeiten.

a) Die Retention wird durch die Verjährung des Anspruchs nicht gehindert. OLG. **6** 9 (Hamburg). S. auch JDR. **1** Note 2 Abs. 1.

b) Oertmann, ÖstAGZ. **02** 201 Anm. 20a bezweifelt, daß natürliche Verbindlichkeiten als Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts dienen können.

6. Art der Geltendmachung.

a) Außerhalb des Rechtsstreits. OLG. Breslau, R. **03** 338: Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts bedarf außerhalb des Rechtsstreits keiner Erklärung.

b) Innerhalb des Rechtsstreits. **RG.** JW. **03** Beil. 16: Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts liegt nicht schon in der Stellung des Antrags auf Klagabweisung; es muß als verzögerliche Einrede geltend gemacht werden. Auch die Vorschützung einer Aufrechnungseinrede enthält nicht die eventuelle Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts. S. auch o. zu 4c.

7. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen. § 273 und § 394. Vgl. JDR. **1** Note 4.

I. Für die Zulässigkeit sprechen sich aus:

a) Aus der Literatur:

Langheineken a. a. O. — s. o. Note 1, 2 — 329 verneint die Analogie aus § 394 Satz 1, weil das Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich ein schwächeres Recht als die Aufrechnungsbefugnis, deren Ausübung zu einer Vernichtung des Anspruchs führt, außerdem auch noch an die besondere Voraussetzung der rechtlichen Konnexität geknüpft ist.

Auch Meyer, JLBl. **15** 61 erklärt sich gegen Sinzheimer für die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber Lohnforderungen.

Ebenso Marwitz, Bühnenengagementsvertrag 156.

b. Aus der Rechtsprechung:

OLG. **5** 456, Seuff. A. **58** 217 (Köln); s. schon JDR. **1** Note 4a zu § 273, — jetzt auch SchleswHolstAnz. **67** 105 und GewGer. 8 129 ff. — s. auch Baum, Handbuch 364 ff. — Die Gründe gehen dahin:

Aus der Entstehungsgeschichte des § 273 ist zu entnehmen, daß in dem Zwischensatze „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt" nur der Fall der Vorleistung ins Auge gefaßt war; bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes muß indessen das Zurückbehaltungsrecht auch in dem Falle als ausgeschlossen gelten, wo sich aus dem Wesen des Schuldverhältnisses ein anderes ergibt. Wesen und Inhalt des zwischen einem Prinzipal und Handlungsgehilfen bestehenden Dienstverhältnisses schließen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht aus. Der Prinzipal ist weder gesetzlich noch vertraglich zur Vorleistung in Ansehung der Gehaltsforderung verpflichtet. Auch aus den §§ 115, 154 GO., oder dem Reichsgesetze v. 21. 6. 69 (17. 5. 98) sowie § 850 ZPO. ergibt sich

nichts für eine solche Auffassung. Das gleiche gilt von § 394, seine analoge Anwendung ist ausgeschlossen. Die Aufrechnung und Zurückbehaltung sind ihrem Inhalt und ihrer rechtlichen Wirkung nach wesentlich verschieden. Insbesondere gelten infolge der Aufrechnungserklärung die wechselseitigen Forderungen, soweit sie sich deckten, mit dem Zeitpunkt als erloschen, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind; bei der Zurückbehaltung ist ihr Fortbestand gewollt und soll nur durch die Befriedigung durch Leistung Zug um Zug gesichert und erreicht werden, und hier handelt es sich überdies um das Verhältnis innerlich zusammenhängender Ansprüche. Ebenso Pappenheim, DJZ. **7** 89 und Dernberg II 127 (s. JDR. **1** Note 4 a. a. O.).

Der gleichen Ansicht ist KG. OLG. **6** 423, Seuff. A. **59** 91, SchleswHolstAnz. **67** 308, Baum, Handbuch 365 ff. Die Aufrechnung enthält keine Verfügung im Sinne des § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes; deshalb ist der § 394 in das BGB. aufgenommen worden. Ebenso hätte der Gesetzgeber, wenn er gleiches auch für das Zurückbehaltungsrecht wollte, dies besonders aussprechen müssen. Dieses Recht erscheint im Verhältnisse zur Aufrechnung als das mindere, und das Verbot der letzteren umfaßt nicht das des ersteren. Auch aus dem Dienstvertrage selbst läßt sich ein solches Verbot nicht herleiten; denn das Lohnbeschlagnahmegesetz gestattet in den Fällen des § 4 Nr. 1, 3 unbeschränkt die Pfändung der ganzen Lohnforderung. § 119a RGO. ergibt, daß auch der Gesetzgeber die Einbehaltung des Lohnes wegen gewisser Gegenforderungen nicht schlechthin für ausgeschlossen erachtet hat. Ebenso OLG. Rostock, SchleswHolst Anz. **67** 7, s. auch Baum 363 ff.

S. ferner noch OLG. **6** 225—226 (Kiel): Das Zurückbehaltungsrecht ist wegen Unpfändbarkeit der Forderung, gegen welche zurückbehalten werden soll, nicht ausgeschlossen. Die Konnexität des Gegenanspruchs ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil er durch eine Straftat des anderen Teiles entstanden ist (durch Veruntreuungen im Amte). Aus dem Schuldverhältnis ergibt sich nichts anderes. Auch trifft § 320 nicht zu.

II. Gegen die Zulässigkeit erklären sich:

a) Aus der Literatur:

α. Lotmar. Nach ihm — s. oben Note 4b — geht aus der oben des näheren dargelegten Verschiedenheit des Wesens der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts hervor, daß der Zweck, den das Gesetz mit dem Ausschlusse der Kompensation gegen die Vergütungsforderung erreichen will, vereitelt werden kann, sobald der Arbeitgeber den Lohn wegen eines fälligen Anspruchs auf eine gleichartige Leistung zurückbehalten könnte. Es ist daher eine analoge und als solche unerläßliche Anwendung des Kompensationsverbots auf das Zurückbehaltungsrecht zur Vermeidung der Auslegung in fraudem legis geboten. Das Arbeitsverhältnis ist ein Schuldverhältnis, aus dem sich angesichts des dafür geltenden Kompensationsverbots ein anderes ergibt. — Gleiches gilt jedoch nicht bei der Retention wegen einer ungleichartigen Leistung. Doch ergibt sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes, wenn die ungleichartige Leistung Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ist; auf die schon bewirkte besteht kein „fälliger" Anspruch. Aber auch wenn zur Zahlungszeit der Arbeitgeber, weil das Arbeitsverhältnis noch besteht, einen fälligen Anspruch auf Arbeit hat, kann er nicht die Vergütung wegen der bereits geleisteten zurückbehalten. Das würde gegen den Sinn des Arbeitsverhältnisses verstoßen. Sogar dann ist Retention nicht möglich, wenn der Arbeitgeber Grund zu der Annahme hat, daß der Arbeitnehmer ihm die künftige Arbeit rechtswidrig nicht leisten, vorenthalten werde.

Soll dem Arbeitgeber die (von ihm) geschuldete Vergütung den Dienst einer Kaution für künftige Arbeit leisten, so muß er das Recht zur Einbehaltung der Kaution besonders erwerben.

→ Lotmars Begründung, mit der er für die Ausdehnung des Kompensationsverbots auf das Zurückbehaltungsrecht in der bekannten Streitfrage Stellung nimmt, scheint nicht zweifelfrei. Es wird zuerst eingehend die Wesensverschiedenheit der beiden Institute dargelegt, wonach sich nimmermehr rechtlich die Zurückbehaltung zur Aufrechnung gestalten könne, und dann gefolgert, es sei da, wo es faktisch doch dazu komme, „daher" eine Ausdehnung jenes Verbots geboten. — Bedenklich scheint auch der Satz, daß sich aus dem Arbeitsverhältnis „angesichts des dafür geltenden Kompensationsverbots" etwas anderes ergebe. Danach müssen also die bezüglich eines Vertragsverhältnisses geltenden gesetzlichen Bestimmungen als zum Wesen des betreffenden faktischen Verhältnisses gehörig gerechnet werden — Red. ←

β. Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag 110: Hat der Arbeitgeber aus dem Arbeitsvertrag einen fälligen Anspruch gegen den Arbeiter, so steht ihm trotzdem das im § 273 normierte Zurückbehaltungsrecht an dem dem Arbeiter geschuldeten Lohne nicht zu, mag sein konnexer Gegenanspruch eine Geldforderung oder eine Forderung auf ein facere (Arbeitsleistung, Naturalrestitution nach § 249) sein (ebenso jetzt auch Landmann-Rohmer, Anm. 2 zu § 115 GO.). Denn der Vorbehalt des § 273 „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt" ist dahin zu verstehen: sofern nicht nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses der Schuldner vorleistungspflichtig ist (vgl. Pappenheim, DJZ. 7 87). Die Vorleistungspflicht des Arbeitgebers ergibt sich aber aus § 394 in Verbindung mit § 1 u. 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes. Hat der Arbeiter der ihm nach § 614 obliegenden Vorleistungspflicht nicht oder nicht gehörig genügt, so ist die vom Arbeitgeber in gewissen Fällen gegen die Lohnforderung erhobene Einrede nicht die Retentionseinrede aus § 273, sondern die aus der synallagmatischen Natur des Dienstvertrags zu folgernde Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags.

γ. Fröhlich, JW. **03** 118: Er wendet sich gegen den Aufsatz von Roß, JW. **02** 602, — s. JDR. **1** Note 4a —, insbesondere die Vergleichung des „gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts aus § 273" und des „sogenannten vertraglichen Zurückbehaltungsrechts aus §§ 320—322 BGB." Während es sich dort um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung handelt und der Satz gilt, daß der nicht ordnungsmäßig Leistende sich den Minderwert seiner Leistung von der Gegenleistung abziehen lassen muß, handelt es sich hier um zwei selbständige Ansprüche, deren Entstehung nicht durch einander bedingt ist; das ist ein grundsätzlicher Unterschied, (z. B. hat ein Arbeiter, der den ganzen Tag faulenzt, keinen Anspruch — § 320; stiehlt er bei Gelegenheit der Ausübung seiner Arbeit, liegt § 273 vor). Deshalb versagen die Gewerbegerichte das Zurückbehaltungsrecht bei Lohnforderungen, weil seine Anwendung bei Geldforderungen nichts anderes als eine Aufrechnung ist. — Des weiteren nimmt er die Praxis der Gewerbegerichte in Schutz und meint, es sei besser, daß diese Volksgerichte ein Recht sprechen, welches sie verstehen, als daß sie etwa auf die Autorität des Vorsitzenden hin Theorien zu befolgen suchen, welche nur für Fachjuristen verständlich seien.

δ. Ebenso ferner Sinzheimer, der R. **03** 426 das Urteil des KG. — s. oben Note 7b zu I — bekämpft, weil der Gesichtspunkt des in fraudem legis agere unberücksichtigt gelassen sei. Vgl. **RG. 44** 103 ff.

ε. Schalhorn, Zur Frage der Sicherung des Arbeitslohns, Soz.Pr. **11** 30, v. Schulz-Schalhorn, Das Gewerbegericht Berlin 150 ff.: Er stimmt

der Auffassung Sinzheimers in vollem Umfange zu und mit ihm darin überein, daß die erfolgte Bevorrechtigung des Arbeiters im Interesse seiner Existenzmöglichkeit und mit Rücksicht auf das Übergewicht des Arbeitgebers im wesentlichen durchaus geboten war, selbst wenn das Geldinteresse des Unternehmers dadurch in einzelnen Fällen leidet. De lege ferenda fordert er eine Zulassung der Aufrechnung und der Zurückbehaltung vor allem da, wo anderenfalls Treu und Glauben verletzt werden, also bei vorsätzlicher Schadenszufügung und vorsätzlichem Kontraktbruch, außerdem bei Fabrik-(Ordnungs-)strafen, welche mit anerkannten Arbeiterberufsvereinen vereinbart sind.

ζ. Luppe, GewGer. 8 113 ff.: Er tritt für die Praxis des GG. Frankfurt ein, die gegen eine Lohnforderung kein Zurückbehaltungsrecht und keine Aufrechnung zuläßt. Die Frage der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen ist noch nie zur Entscheidung gelangt, weil in diesen Fällen die Arbeiter immer freiwillig den dadurch verursachten Schaden von ihrer Lohnforderung in Abzug bringen ließen, dies ist auch die communis opinio der Beisitzer; es liegt insofern ein vollständiger Gerichtsgebrauch vor, da man es Laien nicht klar machen könnte, daß z. B. unterschlagene Gelder nicht vom Lohne in Abzug gebracht werden dürfen. Auch über die gesetzliche Zulässigkeit hinaus kommt vertragsmäßige, freiwillige Aufrechnung vor.

Sonach handelt es sich in den gar nicht so zahlreichen streitigen Fällen vor allem um Schadensersatzforderungen wegen Kontraktbruchs, verpfuschter Arbeit und fahrlässiger Sachbeschädigung. In diesen Fällen handelt es sich um eine selbständige Forderung, mit der der Arbeitgeber auf denselben Weg verwiesen wird wie alle anderen Gläubiger des Arbeiters.

Für diese Praxis führt er des weiteren eine Reihe von sozialpolitischen Gesichtspunkten an (s. a. a. O.).

b. Aus der Rechtsprechung.

α. Nach v. Schulz-Schalhorn, 204, wird die Frage, ob der Arbeitgeber bis zur Bezahlung einer Gegenforderung den fälligen Lohn zurückbehalten kann, von dem GG. Berlin meist verneint. Eine feste Praxis hat sich noch nicht gebildet.

Einstweilige Zurückbehaltung des Lohnes oder eines Teiles desselben bis zu ordnungsmäßiger Bewirkung der Arbeitsleistung ist zulässig (§§ 320, 614) (a. a. O. 205).

β. LG. I Berlin, KGBl. **14** 83, wendet den § 394 analog an und schließt das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitgebers aus. Anderenfalls würde er hier, wo er den Angriff des Arbeiters abwartet, besser gestellt sein, als wenn er wegen seiner Forderung ein obsiegendes Urteil erstritten hätte, da ihm die Pfändung des Lohnes auf Grund dieses Urteils untersagt wäre. Dies kann der Wille des Gesetzgebers nicht sein.

γ. GewGer. 5 124 (Stuttgart) und AG. Cöln (Baum, Handbuch 361 ff.) verneinen die Frage der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts nach Analogie des § 394. — AG. Cöln wendet sich mit ausführlicher Begründung insbesondere gegen Dernburgs Argument, daß die Aufrechnung in fraglichem Falle nur ein Surrogat des Zurückbehaltungsrechts sei. Es ist allerdings richtig, daß bei gleichartigen (Geld-)Forderungen überhaupt nur eine Aufrechnung in Frage kommen kann; dann kann man aber auch nicht von einem Surrogat des Zurückbehaltungsrechts in solchen Fällen sprechen und daraus Folgerungen ziehen. Auch sind die Wirkungen der beiden Rechtsinstitute insofern durchaus verschieden, als die Aufrechnung die Forderung tilgt, während das Zurückbehaltungsrecht nur eine verzögerliche Einrede gewährt. Das Gesetz kennt neben dem Institute der Aufrechnung nach den §§ 387 ff. keins, das zwar die Wirkungen der Aufrechnung, aber die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts hat. Daß man nicht beab-

sichtigt hat, für den Fall der Konnexität der gegenüberstehenden Forderungen die Regeln der Aufrechnung außer Anwendung zu lassen und diese nach den Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts zu beurteilen, insbesondere also die Aufrechnung trotz des § 394 gegenüber einer unpfändbaren Forderung zuzulassen, geht daraus hervor, daß die Motive (zu § 288 des Entwurfs) ausdrücklich bemerken, durch diese Paragraphen werde auch die Aufrechnung mit Gegenforderungen getroffen, welche in demselben rechtlichen Verhältnisse sich gründen.

Wenn Dernburgs Auffassung richtig wäre, so wären eine Reihe von Bestimmungen überflüssig: § 394 Satz 2, Art. 81 EG. z. BGB., Art. 14 § 1 des preuß. AG.

III. Eine mittlere Ansicht vertritt Barkow. Er teilt, KGBl. **14** 73 ff., ein Urteil des KG. mit, das unter Aufhebung des entgegengesetzt entscheidenden landgerichtlichen Urteils dem Arbeitgeber die Befugnis zuspricht, wegen seiner auf Ersatz des ihm von seinem Privatdienstangestellten durch Versehen bei der Arbeit verursachten Schadens das Zurückbehaltungsrecht auch an dem unpfändbaren Dienstlohn auszuüben. Die Gründe heben (wie die anderen gleichartigen Urteile) die Verschiedenheit von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht hervor. Dieses erscheint als das mindere. Weiter wird hingewiesen auf § 119a GO., wo der Gesetzgeber selbst gewisse Lohneinbehaltungen zulasse.

Barkow schließt sich diesen und den Gründen Dernburgs und Pappenheims an, meint aber, daß der durch die gesetzlichen Lohnpfändungsbeschränkungen erstrebte soziale Zweck durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts seitens des Arbeitgebers vereitelt werde. Deshalb sei bei Anwendung des § 273 strengste Vorsicht geboten. Es sei die Ausübung nicht nur für den Fall, daß der Arbeitgeber zur Vorleistung verpflichtet ist, sondern auch gemäß §§ 157, 320 Abs. 2 in jedem einzelnen Falle verboten, wo es dem Zwecke der beiderseitigen Verpflichtungen entsprechen würde, wenn die Erfüllung der einen bis zur Erfüllung der anderen verweigert würde. Es sei, — wie OLG **3** 352 ff. (Hamb.) dies tue, — auf die Art der Forderung des Arbeitgebers zu achten, ob die eine Forderung ihrem Wesen nach der anderen vorgehen muß. Sei die Gegenforderung des Arbeitgebers, wie in dem obigen Falle des KG. oder wie bei OLG. **4** 28 ff. (Rostock), zweifellos festgestellt oder zugestanden, so würde in der Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts eine Lücke und Unbilligkeit gegen den Lohnverpflichteten liegen. Entgegengesetzt wäre zu entscheiden, wenn die Feststellung der Gegenforderung erst noch von einer zeitraubenden Beweiserhebung abhängt.

Barkow entgegen tritt Trautmann ebenda 109 ff.: Er bekämpft das Hereintragen des Prinzips von „Treu und Glauben“ und die auf die schwierigere oder leichtere Beweisbarkeit der Forderungen aufgebaute Unterscheidung; man müsse mit juristischen, nicht mit wirtschaftlichen Erwägungen operieren; mit der Analogie und den Folgerungen aus dem „Schweigen“ des Gesetzgebers könne man hier beide Ansichten beweisen. Lediglich das Gesetz bleibe übrig, und dieses unterstütze das Urteil des KG. in vollem Umfange. Man dürfe auch nicht mit Barkow wieder eine kleine reservatio machen. Nach ihm würde der Arbeitgeber der Willkür seines Arbeiters preisgegeben sein; dem entlassenen Arbeiter würde es natürlich fernliegen, die gegen ihn geltend gemachte Forderung anzuerkennen. Der Umstand, daß der Arbeitgeber durch das Verhalten des Arbeiters erst in die Zwangslage kommen kann, seinen Anspruch gegen diesen im Prozesse beweisen zu müssen, dürfe die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht hindern; eine Grenze zwischen leichter und schwerer beweisbaren Forderungen gebe es nicht; § 273 verlange nur Fälligkeit, nicht etwa noch eine Liquidität.

8. Einzelne Anwendungsfälle (Literatur und Rechtsprechung). S. JDR. 1 Note 6 zu § 273.

I. Arbeitsverhältnis.

a) Lotmar 373: Ist die für die frühere Arbeit zu entrichtende Vergütung zu der Zeit, da die spätere Arbeit zu leisten ist, fällig, so steht dem Arbeitnehmer das Recht aus § 273 zu, bis ihm die fällige Vergütung für die frühere Arbeit entrichtet worden ist, gleichgültig, ob es sich um Zeit-, Lohn- oder Akkordarbeiten handelt.

378 ff.: Der Arbeitnehmer kann demnach jede weitere Leistung provisorisch verweigern, hauptsächlich die Arbeitsleistung. Diese Arbeitsweigerung ist nicht Unrecht und gibt nicht einen der gesetzlichen Entlassungsgründe (RGO. §§ 123 Nr. 2, 127b Abs. 2, 134 Abs. 1, 133c Nr. 3; HGB. §§ 72 Nr. 2, 77 Abs. 3) ab.

Aber auch jede Nebenleistung darf er verweigern, die Ablieferung gewisser Gegenstände, die er auf Grund des Arbeitsvertrags erhalten, mit Ausnahme der Vollmachtsurkunde, § 175 BGB. (379). Ausgeschlossen ist das Zurückbehaltungsrecht bezüglich dieser Sachen in gewissen Arbeitsverträgen, wo die Fälligkeit der Vergütung durch die Ablieferung selbst bedingt ist (379 näheres).

Gegen Fuld, Recht der Handlungsgehilfen, 35, und Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen 64, nimmt er (380) an, daß der Arbeitnehmer das Recht aus § 273 Abs. 1 in obigem Umfang unbedingt wegen eines Lohnanspruchs, und nicht etwa nur gemäß Abs. 2 wegen eines Ersatzanspruchs habe. Abs. 2 enthält nicht eine Einschränkung gegenüber Abs. 1, sondern eine Ausdehnung, einen weiteren Fall des Zurückbehaltungsrechts. Es steht nach Abs. 2 auch einem Schuldner zu, bei dem die Konnexität des Abs. 1 nicht obwaltet.

b) Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag 117: Weder dem Arbeitgeber, noch dem Arbeiter steht wegen Mangels der Konnexität der Ansprüche das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. an Gegenständen zu, die der eine Teil dem anderen aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses ausgehändigt hat. Diese auf Grund des fremden Eigentums herauszugebenden Gegenstände (Werkzeuge, Kleider usw.) sind daher abzuliefern, ohne Rücksicht auf die Erfüllung eines Gegenanspruchs aus dem Arbeitsvertrage.

c) Einzelheiten.

Arbeitspapiere, Krankenkassen-, Dienstbücher, Geräte usw. Schalhorn, Das Zurückbehaltungsrecht an Arbeitspapieren, SozPr. 11 43, 52. v. Schulz-Schalhorn 145 ff. unterscheidet zwischen Papieren, deren rechtzeitiger Empfang für den Arbeiter von ähnlicher Bedeutung ist wie die rechtzeitige Zahlung des Lohnes, und weniger wichtigen Papieren, deshalb

α. verneint er das Retentionsrecht an

αα. dem für Minderjährige vorgeschriebenen Arbeitsbuche (§ 107 GO.),

ββ. der Quittungskarte der Invalidenversicherung (§§ 131, 141 InvVG., auch § 139 Abs. 2 das.)

Vertragsmäßige Ausbedingung eines weitergehenden Zurückbehaltungsrechts ist

zu αα. unzulässig,

zu ββ. zulässig;

β. bejaht er es hinsichtlich

αα. des Krankenkassenbuchs; doch muß es auf Grund des Arbeitsvertrags in die Hände des Arbeitgebers gelangt sein; falls es nur zur Verwahrung gegeben, — § 695 BGB.: jederzeitige Rückgabepflicht;

ββ. der überreichten Zeugnisse. Es gilt dasselbe wie zu αα.; doch darf sich der Arbeitgeber nicht wegen irgendwelcher Gegenforderung weigern,

die öffentlich-rechtliche und daher genügende Zeugnispflicht aus § 113 RGO. zu erfüllen.

Übergibt ein Arbeiter seine Invalidenkarte dem Arbeitgeber zur Verwahrung, so kann dieser gemäß § 368 bei der Rückgabe Quittung, und zwar nach § 273 Zug um Zug, verlangen; dagegen erstreckt sich dieses Recht nicht auf die Markenverwendung; denn der Arbeitgeber erfüllt mit dem Markenkleben nur eine öffentlich-rechtliche Pflicht, § 273 ist nicht anwendbar.

Auch die Einbehaltung von Sachen (Werkzeug, Kleidern) des Arbeiters ist regelmäßig unerlaubt, durch die bloße Einbringung der Sachen in die Werkstatt usw. geht noch nicht der Besitz auf die Arbeitgeber über; auch erlangen sie kein gesetzliches Pfandrecht an ihnen. Nur, wenn sie in Verwahrung gegeben worden sind, kann sich der Meister, — aber nur gemäß § 273 Abs. 2 oder auch, solange Quittung verweigert wird, — an sie halten.

GewGer 9 9 ff. (Breslau): Gegenüber dem gemäß § 985 geltend zu machenden Eigentumsanspruch eines Lehrlings auf Herausgabe seines Krankenkassenbuchs besteht ein Zurückbehaltungsrecht nicht, da die etwaigen Forderungen des Lehrherrn wegen Auflösung des Lehrverhältnisses und der Eigentumsanspruch nicht auf „demselben rechtlichen Verhältnisse" beruhen.

GG. Berlin, v. Schulz-Schalhorn 205: Das Gesindedienstbuch einer im Gewerbebetriebe beschäftigten Köchin darf einbehalten werden, wenn sie z. B. den zu Unrecht empfangenen Mietstaler nicht zurückzahlt.

GG. Berlin, v. Schulz-Schalhorn 205 ff. erklärt die Einbehaltung von Sachen des Arbeiters (Wäsche, Kleidungsstücke, Werkzeug) durch den Arbeitgeber wegen eines ihm zugefügten Schadens für unberechtigt, weil der Herausgabeanspruch aus dem Eigentume nicht auf demselben rechtlichen Verhältnisse wie die Gegenforderung aus schuldhafter Vernachlässigung der dem Kläger aus dem Dienstverhältnis obliegenden Pflichten beruht. — Besonders noch bezüglich des Werkzeugs a. a. O. 206.

GewGer. 9 10 (Duisburg): An dem Arbeitsgerät eines Stuckateurs darf das Zurückbehaltungsrecht wegen Vertragsbruchs ausgeübt werden.

II. Anwendungsfälle aus Abs. 2.

a) Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, A.bürgR. 22 19 ff. (s. o. zu §§ 241 ff. Note 5): Verwendungen auf Vermögensgegenstände sind nicht Verwendung auf die einzelnen Gegenstände, auf welche sie gemacht wird, sondern Verwendung auf das ganze Vermögen; daraus ergibt sich, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht etwa bloß ein Zurückbehaltungsrecht in bezug auf den einzelnen Verwendungsgegenstand, sondern in bezug auf das ganze Vermögen, mindestens das Sachvermögen ist.

α. Es kommen nicht nur Sachaufwendungen, sondern auch Vermögensaufwendungen in Betracht, insbesondere Zahlung von Schulden, Tilgung von Lasten (BGB. § 2022).

β. Die Verwendungen auf einzelne Stücke sind hier stets Aufwendungen für das Ganze, weshalb das Zurückbehaltungsrecht nicht etwa bloß bezüglich des Objekts der Verwendung, sondern überhaupt bezüglich aller Sachbestandteile des Vermögens ausgeübt werden kann, nur natürlich nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Zurückbehaltungsrechts, insbesondere also mit der Befugnis, daß die Ausübung durch reale Sicherheitsleistung abgewendet werden kann.

γ. Die Verwendungen auf das Einzelne sind Verwendungen auf das Ganze in der Art, daß für die eine Verwendung jedes Stück des Ganzen in Mitleidenschaft gezogen werden kann, nicht in der Art, daß die Zurückbehaltung nur im ganzen oder gar nicht ausgeübt werden kann.

b) Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb (1899), bemerkt im Zusammenhange mit seinen Erörterungen über den § 868: Es ist zu beachten, daß viele Leistungen, die unter Fremden nur auf Grund besonderer Verträge ausgeführt zu werden pflegen, bei Dienern regelmäßig ohne besondere rechtsgeschäftliche Verpflichtung gewährt werden —, auf Grund des allgemeinen Dienstverhältnisses, das die Grundlage der Anstellung bildet. Wenn der Diener oder Soldat irgend etwas unentgeltlich ausführt, z. B. ein Paar Stiefel vom Schuhmacher holt, so kann man dies nicht unter den Begriff eines selbständigen Auftragsvertrags bringen. Dies selbst dann nicht, wenn der Diener dabei etwa den Arbeitslohn ausgelegt hat. Demnach hat er keinen Besitz und folglich auch kein Rückhaltungsrecht wegen seiner Ansprüche, was auch praktisch wohlberechtigt erscheint. Dieses Recht des wirklichen Besitzmittlers ist es, das für seine Abgrenzung vom Besitzdiener maßgebend ist (78/79).

c) OLG. **6** 350, R. **03** 236 (Colmar): Ein Zurückbehaltungsrecht des Handlungsreisenden an der Mustersammlung des Prinzipals ist anzuerkennen, wenn ihm ein fälliger Anspruch auf Ersatz einer auf diese Muster gemachten Verwendung erwachsen ist (z. B. auf Ersatz eines für sie hinterlegten Zolles). Hinsichtlich anderer fälliger Forderungen ergibt sich aus dem Schuldverhältnis insofern ein anderes, als zufolge des dadurch begründeten Abhängigkeitsverhältnisses der Reisende im allgemeinen den Anweisungen des Prinzipals zu folgen verpflichtet ist.

9. Weitere Anwendungsfälle.

a) Rünger, DJZ. **03** 542, versagt dem Gerichtsvollzieher das Zurückbehaltungsrecht an dem zuzustellenden Schriftstücke wegen nicht gezahlter Gebühren, weil er nicht im zivilrechtlichen Vertragsverhältnisse zum Auftraggeber steht, — trotz der „Parteiaufträge" des § 23 der GVO. v. 31. 3. 00. Er ist jetzt Staatsbeamter, bezieht ein festes Gehalt, seine Gebühren fließen zur Staatskasse (§ 22 a. a. O.), ferner § 66 Nr. 6 in Verbindung mit § 60 Nr. 4 das. Es handelt sich also um einen Anspruch der Staatskasse gegen den Gebührenschuldner. Deswegen findet aber nach §§ 3, 97 GKG. ein Zurückbehaltungsrecht nicht statt.

b) **RG.** JW. **03** 51 Nr. 23: Dem entlassenen Konkursverwalter steht bezüglich der noch nicht festgesetzten Gebühren und Auslagen ein Zurückbehaltungsrecht an Masseobjekten nicht zu, da die Vorschriften der Konkursordnung solchem Rechte entgegenstehen.

c) OLG. **6** 447 (Stuttgart): Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen im Falle der §§ 142 Abs. 2 HGB., 738 BGB. (Ausscheiden eines Gesellschafters). Die Gründe s. oben Note 3a.

d) OLG. Naumburg, R. **03** 428 Nr. 2238: Als rechtliche Beziehung im Sinne des § 273 — s. näheres oben Note 3b — ist auch diejenige zu betrachten, in die Ehegatten durch die Ehe im Hinblick auf ihr Vermögen treten. (Es wurde daher dem beklagten Ehemanne gegenüber der Klage auf Herausgabe des vorbehaltenen Vermögens ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden für Schadensersatzforderungen, die er wegen schuldhafter Beschädigung seines Nutznießungsrechts an die klagende Ehefrau hat.)

e) **RG.** JW. **03** Beil. 77: Das Vorliegen desselben rechtlichen Verhältnisses wird verneint in einem Falle, wo ein Gesellschafter widerrechtlich mit Mitteln der Mitgesellschafter Sachen für die Gesellschaft erworben hat und der Klage auf Erstattung gegenüber sich nur gegen Rückgabe des Erwerbes eventuell zur Rückzahlung, also nur zur Erstattung Zug um Zug bereit erklärt. Durch die unberechtigte Entnahme und Verwendung wurde er lediglich Schuldner der Gesellschaft und seiner Mitgesellschafter. In dem rechtlichen Verhältnisse zwischen ihm

und den Gesellschaftern ist der Erwerb materiell sein eigener. Anders liegt der Fall, wo der Vertreter, Beauftragte oder Geschäftsführer ohne Auftrag mit eigenen Mitteln für einen anderen in einer den anderen verpflichtenden Weise erworben hat. Hier wird der andere Gläubiger des Anspruchs auf das Erworbene, zugleich aber Schuldner des für den Erwerb Aufgewendeten.

§ 274. **RG. 51** 368, JW. **02** Beil. 246, jetzt auch Seuff. A. 58 95, s. IDR. **1** zu § 274 Note 1.

Vgl. im übrigen zu § 273.

§ 275. 1. Kisch 543 ff. wendet sich in eingehenden Ausführungen gegen Titze, der — in seiner „Unmöglichkeit" — vom rechtspolitischen Standpunkt aus eine abweichende Behandlung der ursprünglichen und nachträglichen Unmöglichkeit verwirft und die Gleichstellung und Vereinheitlichung von objektiver und subjektiver, anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit fordert.

2. Gegen Titzes Anschauung, daß die Unmöglichkeit zwar die Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht dagegen nicht notwendig das Erlöschen des Schuldverhältnisses als eines Ganzen bewirke, dieses vielmehr namentlich in der Richtung wirksam bleibe, daß der Schuldner nach Treu und Glauben verpflichtet bleibe, den Gläubiger von der eingetretenen Unmöglichkeit zu benachrichtigen, wendet sich Kisch a. a. O. 521 ff., der ausführt: wenn auch durch die Unmöglichkeit der Erfüllung das ganze Schuldverhältnis nicht notwendig zum Erlöschen gebracht wird, so hat sie diese Wirkung tatsächlich doch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, weil eben die Leistungspflicht seinen wesentlichen und vielfach einzigen Inhalt bildet. Auch ist die etwaige Mitteilungspflicht (s. o.) nicht notwendig eine Folge und ein Beweis des dauernden Schuldverhältnisses, sondern vielleicht nur darauf gerichtet, daß es infolge der Unmöglichkeit nunmehr beendigt sei. — Gegen die Heranziehung der §§ 281, 323 Abs. 2 — Titze 114, 115 — s. Kisch a. a. O. 524.

3. Kisch 523: Eine zufällige Unmöglichkeit liegt für den Hauptschuldner auch dann vor, wenn die Unmöglichkeit seiner Leistung von dem Bürgen zu vertreten ist. — Daß der Bürge dem Gläubiger unmittelbar auf Grund des Bürgschaftsvertrags hafte, nimmt Kisch gegen Titze nicht an: wegen der akzessorischen Natur der Bürgschaft, die in dem Momente, wo die Hauptschuld erlischt, jedenfalls auch erlischt.

4. Die Befreiung reicht soweit, als die Unmöglichkeit reicht; bei teilweiser Unmöglichkeit tritt auch nur teilweise Befreiung ein. Leske 135 Anm. 3.

5. Aus der Rechtsprechung:

a) **RG. 54** 28 ff., JW. **03** Beil. 55: Wenn der Schuldner, der auf eine ihm vertragsmäßig obliegende Leistung verklagt ist, unter Beweisantritt behauptet, daß die Leistung ihm inzwischen unmöglich geworden sei, und der Kläger dies bestreitet, während bereits feststeht, daß die Unmöglichkeit, wenn sie vorliegen sollte, vom Schuldner zu vertreten sein würde, so ist ungeachtet jenes Einwandes und ohne daß es einer Beweiserhebung über die behauptete Unmöglichkeit bedarf, der Schuldner zur Bewirkung der Leistung zu verurteilen. Diese Verurteilung bietet dem Gläubiger den Vorteil, daß er gemäß § 283 als Schadensersatz ohne weitere Darlegung den Geldbetrag fordern kann, der dem Werte der ausgebliebenen Leistung entspricht. Der Gegenbeweis, daß der Gläubiger keinen oder nur einen geringeren Schaden gehabt habe, ist dann Sache des Schuldners.

b) OLG. **6** 226—227, SchleswHolstAnz. **67** 54 (Kiel): Zwar kommt ein subjektives Unvermögen nach Abs. 2 der objektiven Unmöglichkeit gleich; doch muß es ein dauerndes sein. Sonst ist der Uebergang vom Leistungs- zum Schadensersatzanspruche nur dann gerechtfertigt, wenn zuvor der erstere Anspruch geltend

gemacht und sodann mit der Fristsetzung gegen den Schuldner verfahren wäre. Darauf, ob der Gläubiger annehmen durfte, daß Schuldner nicht leisten könne, kommt es nicht an. — Unberührt bleibt der Anspruch auf Schaden wegen verspäteter Leistung.

§ 276. 1. Kritik.

Neumann 41 hält den § 276 für eine tragische Folge der gemeinrechtlichen Lehre (Windscheid, Dernburg), nach der der Schuldner in der Regel für culpa levis in non faciendo zu haften habe, ausnahmsweise aber die Haftung sich auf dolus und lata culpa beschränke, sobald das Schuldverhältnis dem Vorteil und Interesse des Gläubigers diene (s. auch 52 Anm 1). Die Regel müßte aber eigentlich lauten: der Schuldner haftet für culpa levis in non faciendo, wenn das Verhältnis, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist, zum Vorteile des Schuldners gereicht (45). Aber auch sie führe nicht zu befriedigenden Ergebnissen. Das allgemein gültige Gesetz sei in folgender Weise zu formulieren: „Wer berechtigt ist, in seinem Interesse eine andere Person an der Wahrnehmung ihrer Interessen, insbesondere an der Behütung eines Gegenstandes, an deren Erhaltung die letztere ein Interesse hat, zu verhindern, ist, wenn er von seinem Rechte Gebrauch macht, so lange verpflichtet, culpa levis in non faciendo zu prästieren, bis er die andere Person wieder in die Lage versetzt hat, ihre Interessen selbst wahrzunehmen" (59). Nach diesem Prinzipe brauchte z. B. der Pensionär, zu dessen Zimmer seine Wirtsleute bei seiner Abwesenheit jederzeit Zutritt haben, während dieser Zeit nicht darauf acht zu geben, daß Hunde und Katzen nicht das im Zimmer befindliche Geschirr zertrümmern, Diebe die Möbel stehlen. Ebensowenig der Hotelgast oder der Mieter eines Wagens zu Ausflugszwecken, den ein Diener des Vermieters oder letzterer selbst führt, wenn in einem unbewachten Augenblicke Kinder in demselben Unfug verüben. Alle diese Schuldner aber müßten nach der herrschenden (obigen) Theorie und nach § 276 haften. Desgleichen der Hotelgast, in dessen Abwesenheit das Bettzeug gestohlen wird (65 und Anm. 2).

2. Vorsatz und Fahrlässigkeit.

v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit (1903) 69ff., wirft auch für das BGB. die von ihm für das Strafrecht behandelte Frage auf, ob unter Vorsatz die Voraussicht des Erfolges (bzw. das Kennen der vom Täter zu vertretenden Umstände) — Vorstellungstheorie — oder darüber hinausgehend das Wollen des Erfolges (bzw. der auf Verwirklichung der zu vertretenden Umstände gerichtete Wille) — Willenstheorie — zu verstehen ist. Hat auch diese Frage praktisch hier geringere Bedeutung als im Strafrechte, weil im allgemeinen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten sind, so tritt doch auch hier in wichtigen Fällen (a. a. O. 69 Anm. 1) die Bedeutung des Problems auch für das Zivilrecht hervor.

Gegen v. Liszt, der (Grenzgebiete 14ff., Deliktsobligationen 54ff., Lehrbuch (12) 171 Anm.) die Vorstellungstheorie für das BGB. behauptet, führt er aus: § 276 gebe keine Abgrenzung der Fahrlässigkeit gegenüber dem Vorsatze, sondern nur eine nach dem Gebiete des Zufalls hin. Die Motive aber (I 280) sprächen davon, daß „vorsätzlich gleichbedeutend mit wissentlich und willentlich." Danach habe also das BGB. die Willenstheorie vertreten. v. Liszts Versuche, nachzuweisen, daß trotzdem die Vorstellungstheorie angenommen sei, seien mißglückt. v. Liszts Einwendungen, a) das BGB. wisse gar nichts davon, daß vorsätzlich gleich willentlich sein soll, es spreche immer nur ausdrücklich von Kennen oder Wissen, b) auch das StGB., auf das sich die Motive berufen, wisse im § 59 gar nichts davon, daß die zurechenbaren Tatumstände gewollt sein müssen, es genüge ihm, daß sie gekannt waren, seien verfehlt. § 59 handle, führt v. Hippel aus, nur negativ von „Nichtkönnen", das völlige Unkenntnis

bedeute. Wann aber dem Täter nicht unbekannte Tatumstände dem Täter zum Vorsatze zugerechnet werden dürfen, darüber sage § 59 nichts (71).

Ganz analog sei es, wenn das BGB. die Verantwortlichkeit davon abhängig mache, daß der Täter etwas kannte oder infolge (von Fahrlässigkeit) nicht kannte („kennen mußte"). Es frage sich, ob das „Kennen" nicht etwa ein absolut sicheres Wissen bezeichnen oder umgekehrt jedes Fürmöglichhalten umfassen soll. Lediglich Zitelmann, Bürg.R. I 150ff. und Endemann, Lehrb. I 483 Anm. 6, 581 Anm. 6 hätten den Versuch gemacht, das BGB. der Vorstellungstheorie dienstbar zu machen; diese Versuche seien verfehlt, und es ergebe sich: das BGB. hat mit der Uebernahme des Vorsatzbegriffs an die im Strafrechte herrschende Willenstheorie anschließen wollen (73).

Die Vorstellungstheorie sei auch sachlich für das bürgerliche Recht ebenso unbrauchbar wie für das Strafrecht. Wo der Täter sich die zu vertretenden Umstände als sicher, als notwendig vorstelle, bilde den Grund der Haftung die Tatsache, daß die als sicher vorgestellten Folgen unseres Handelns gewollt seien. Wo sie aber nur als möglich vorgestellt wurden, versage die Theorie den Dienst. Nur die Willenstheorie gebe Auskunft: als Vorsatz nach BGB. wird der auf Verwirklichung der zu vertretenden Umstände gerichtete Wille bezeichnet (74). Das Vorsatzproblem lautet: wann ist der vorgestellte Erfolg gewollt, wann ist der Wille auf die Verwirklichung der zu vertretenden Umstände gerichtet? (75).

Bezüglich der Willenstheorie (76ff.) kommt er zu folgenden Ergebnissen: gewollt sind die als wünschenswert erstrebten Folgen der Tat ohne Rücksicht auf den Grad der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts (76). Gewollt sind die mit den erstrebten als notwendig verbunden vorgestellten Folgen der Tat, auch wenn sie dem Täter an sich gleichgültig oder unangenehm waren (82).

93ff. wendet er sich dem dolus eventualis zu: sind bzw. wann sind Folgen vorsätzlich herbeigeführt, welche der Täter weder als wünschenswerte erstrebte noch als mit solchen notwendig verbunden ansah? Es handelt sich hier also um das Gebiet der bloß möglichen bzw. wahrscheinlichen, dem Täter an sich gleichgültigen oder gar unangenehmen Folgen (93). Der dolus eventualis ist lediglich ein Spezialfall des Vorsatzes, einer derjenigen Fälle, in welchen der Täter die Folgen seiner Handlung gewollt und deshalb als vorsätzlich verursachte zu vertreten hat (94).

Im Anschluß an die Formel von Frank „Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen erfüllt den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs gehabt hätte" (112), entwickelt er seine eigene Ansicht, die er (140—141) dahin zusammenfaßt: gewollt und deshalb vorsätzlich herbeigeführt ist der vorgestellte rechtswidrige Erfolg der Tat, wenn die Hoffnung auf sein Ausbleiben nicht von entscheidender Bedeutung (Hauptmotiv) für die Vornahme der Handlung war. Zum Vorsatzgebiete gehören danach die Fälle 1. des als wünschenswert erstrebten, 2. des mit diesem als notwendig verbunden gedachten, 3. des dem Täter gleichgültigen rechtswidrigen Erfolges, 4. als letzte Gruppe tritt hinzu der als bloß möglich vorgestellte, dem Täter an sich unerwünschte Erfolg, sofern dem Täter der Eintritt dieses Erfolges immerhin lieber war als der Verzicht auf seine Interessen; praktisch ausgedrückt: sofern der Täter auch bei Annahme sicherer Verbindung dieses Erfolges mit dem erstrebten ceteris paribus ebenso gehandelt hätte.

Bezüglich der Fahrlässigeit bemerkt er (143): Leichtsinn ist gegeben

a) bei der unbewußten Fahrlässigkeit: hier besteht der Leichtsinn darin, daß der Täter an den rechtswidrigen Erfolg überhaupt nicht dachte;

b) bei der bewußten Fahrlässigkeit: hier äußert sich der Leichtsinn darin, daß die Hoffnung auf den Nichteintritt der als möglich vorgestellten Folge den Täter zur Tat veranlaßte.

3. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Fahrlässigkeit (Allgemeines).

a) Burckhardt 521 ff.: Der mit Unrecht so oft verspottete Typus des diligens paterfamilias ist wahrlich nicht der eines Philisters noch eines Musterknaben, sondern eines tüchtigen Mannes, der Kopf und Herz am rechten Flecke hat, nichts unternimmt, dem er nicht gewachsen ist, und in schwierigen Situationen klares Auge und ruhige Hand behält; dieser abstrakte Typus ist nicht überall starr gleichmäßig derselbe, vielmehr je nach der Kategorie von Menschen, die man vor sich hat, und der Lage des Einzelfalls modifiziert er sich, und vereinigt in glücklicher Weise Festigkeit und Schmiegsamkeit. In der Regel genügt es, daß man diejenige Sorgfalt aufwendet, welche, wo sich verschiedene Interessensphären berühren, gesunder- und normalerweise betätigt wird; vorübergehende oder habituelle Zerstreutheit, wo Willenskonzentration nötig war, Mangel an technischen Fertigkeiten und Wissen, wo es dieser bedurfte, und momentane oder dauernd günstige Inferiorität, wenn sie nur nicht unter die Limite der Zurechnungsfähigkeit fällt, entschuldigen nicht; umgekehrt wird auch nicht ungewöhnliche Anspannung und überängstliches Bedenken gefordert; nur auf ein gewisses normales Verhalten seiner Mitmenschen darf der Verletzte zählen; blieb es aus, kümmert das Warum das Zivilrecht in der Regel nicht. Dieses Kulpaprinzip moralisiert keineswegs; moralisches Werturteil und Durchschnittsmaßstab sind unverträglich. Der anscheinend so subjektive, in Wahrheit aber stark versachlichte und relative Begriff des Zivilrechts stellt, obwohl er dem einzelnen gegenüber mitunter fatalistisch wirken kann, doch ab auf eine neue Kausalität, mag sie auch eine Normalkausalität sein, und hebt damit den Menschen als vernunftbegabt aus der Sphäre der äußeren Kausalität anderer Naturgeschehnisse heraus (a. a. O. 522 gegen den Determinismus).

Paßt somit (522 ff.) für die Regel des Lebens Haftung nach dem Kulpamaßstabe, so kann für das Außergewöhnliche ein Mehreres verlangt werden. S. daselbst gegen die Theorie der Verursachungshaftung, das Ungersche Prinzip: „eigenes Interesse eigene Gefahr, fremdes Interesse fremde Gefahr" und gegen die Rümelinsche Gefährdungshaftung.

b) A. M. ist Sperl, OestAGZ. 02 151: Er erblickt den Vorzug des Begriffs der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" im Gegensatze zu dem des „ordentlichen Hausvaters" darin, daß dieser Begriff entwickelungsfähig ist und außerdem jedermann zu einer kollektivistischen nachbarlichen Rücksichtnahme auf die Mitmenschen zwingt, während die landläufige Auffassung des diligens paterfamilias immer nur die sich aus dem engen Gesichtskreise des Handelnden ergebende Diligenz im Auge hatte.

4. Art und Maß der erforderlichen Sorgfalt (Prinzipien).

Neumann 86 ff. führt aus: Das Vermögensrecht muß jedem Vermögen gegen Einwirkungen, mit denen der Verfügungsberechtigte nicht einverstanden ist, soweit dies möglich ist, Schutz gewähren. Das Mittel zur Erreichung dieses Zweckes ist die Pflichtnorm, daß bei Vermeidung der Haftung für Schadensersatz jedes Verhalten so einzurichten ist, daß durch dasselbe fremdes Vermögen nicht verletzt wird. Dieses Prinzip kann natürlich nur dem auferlegt werden, der „iniuriae, doli, culpae, capax" ist (§§ 827, 828), und nur insoweit, als es für die be-

treffende Person ohne Anstrengung erkennbar ist, daß sie durch ihr Verhalten möglicherweise rechtswidrig auf fremdes Vermögen einwirken werde; das Recht darf also auch nicht erfordern, daß jeder, ehe er irgendwie handelt, zunächst mit Sorgfalt prüft, ob nicht eine Möglichkeit besteht, daß sein Verhalten auf fremdes Vermögen einwirken werde. Es muß nach Lage der Sache erkennbar sein, daß die Möglichkeit der Verletzung fremden Vermögens gegeben ist. Es müssen einerseits offensichtliche Umstände vorhanden sein, aus welchen auf eine mögliche Verletzung zu schließen ist, und es dürfen auf der anderen Seite nicht Umstände vorliegen, die zu der Annahme berechtigen, daß die beabsichtigte Handlung (Unterlassung) keine rechtswidrige sei (88). Die Kenntnis von der Pflichtverletzung muß ohne besondere Anstrengung verschaffbar gewesen sein; unentschuldbar ist der Irrtum nur, wenn er auf grobem Verschulden beruht. — Diese Begrenzung der Haftpflicht läßt sich aus § 823 nicht herleiten; man wird aber gleichwohl an ihr festhalten und nur eine auf lata culpa beruhende Unkenntnis unberücksichtigt lassen müssen, will man nicht die Haftung aus unerlaubten Handlungen zu einer vollkommen unerträglichen machen, und glücklicherweise gestattet auch die alles und nichts sagende Fassung des § 276 Abs. 1 Satz 2 der Praxis, stets dasjenige Maß von Sorgfalt zu erfordern, das jeweilig angezeigt erscheint (90 und Anm. 2). Dieses Erfordernis der Erkennbarkeit ist jedoch nicht zu verwechseln mit dem der Voraussehbarkeit des Schadens. Es genügt, daß überhaupt erkannt werden konnte, daß man mit seiner Handlung mit fremdem Vermögen in Berührung kam, bzw., daß man nicht glauben durfte, der Eingriff in die fremde Rechtssphäre sei gestattet (91).

Des weiteren tritt er auch für das BGB. für das „Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens" ein, das er (99) so formuliert: „Enthält das Verhalten (Handeln oder Unterlassen) einer Person an sich eine Rechtsverletzung und befindet sich diese Person bezüglich der Rechtsverletzung in mala fide, d. h. war sie sich derselben bewußt, oder konnte sie sich derselben ohne Anstrengung bewußt werden, so haftet sie für jeden Schaden, der sich auf die Pflichtverletzung zurückführen läßt (ex ea re), d. h. also für casus." Allerdings lasse sich dieses Prinzip aus dem § 823 nicht herleiten.

Im folgenden unterscheidet er ferner von a) den „unerlaubten Handlungen", „die in sich eine Rechtsverletzung enthalten", b) diejenigen, „welche in Ausübung eines rechtlich anerkannten Interesses stattfinden" („erlaubte") und c) die übrigen lediglich „indifferenten Handlungen" (102 ff.), und formuliert den „aquilischen Grundsatz" folgendermaßen: „Wer eine rein indifferente Handlung vornimmt, muß Sorge tragen, daß durch Vornahme der Handlung kein Schaden entsteht, m. a. W. er trägt die Gefahr seiner Handlung; wer eine erlaubte Handlung vornimmt, muß Sorge tragen, daß bei Vornahme der Handlung kein Schaden entsteht, m. a. W. er muß allen Schaden, der bei Vornahme der Handlung vermeidbar ist, auch vermeiden, die Gefahr des unvermeidbaren Schadens trifft dagegen hier den Verletzten" (103).

5. Art und Maß der erforderlichen Sorgfalt (Begriff. Auslegung). Vgl. hierzu IDR. 1 Note 1 zu § 276.

a) Neumann, 105 ff., 107 Anm. 1: Der Wortlaut des § 276 Abs. 1 Satz 2 steht nicht im Wege, — wie im klassischen römischen Rechte —, die äußerste Anspannung aller geistigen und körperlichen Kräfte, die irgendwie zur Vermeidung eines drohenden Schadens notwendig erscheint, zu erfordern, wenn man unter der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die für die Sicherheit des Verkehrs erforderliche Sorgfalt versteht.

Speziell bezüglich der erlaubten Handlungen führt er (139 ff.) noch aus: das Vermögensrecht hat keine anderen Zwecke, als die, die Individualinteressen zu schützen und zu fördern, allerdings beides im letzten Grunde im Interesse der Gesellschaft; der öffentlichen Sicherheit Dienste zu leisten, hat es nicht. Deshalb ist es nicht zu billigen, wenn vielfach dieser Gesichtspunkt herangezogen wird, um Ansprüche zu gewähren, die nach der herrschenden laxen Auffassung von der Sorgfaltpflicht nicht gegeben sind, aber gleichwohl gegeben werden müssen, weil die Rechtssicherheit, die Sicherheit des Verkehrs sie unbedingt erfordern. Dem Individuum ist es gleichgültig, ob es infolge der Explosion eines Sprengstoffs oder eines ungeschickten Ballwurfes, und sei es auch mit einem Kinderball, ein Auge verliert und somit in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt wird. Es ist ihm auch gleichgültig, ob ihm von einer Straßenbahn oder einem Automobil ein Bein abgefahren wird; gleichwohl ist aber bei der herrschenden Auslegung des § 276 Abs. 1 Satz 2 die Haftung des Automobilisten weit weniger strenge, als die des Eisenbahnunternehmers, — ohne Grund. — Das Vermögensrecht muß daher allgemein, und nicht nur, wenn besondere Gründe vorliegen, den Satz aufstellen, daß der Handelnde bei erlaubten Handlungen allen nur irgendwie vermeidbaren Schaden vermeiden, d. h. dasjenige Maß von Sorgfalt prästieren soll, das zur Sicherheit des Verkehrs erforderlich ist. Die Praxis hat es in der Hand, indem sie sich streng an den Wortlaut des § 276 Abs. 1 Satz 2 hält, diesem allein dem Schutzzwecke des Vermögensrechts entsprechenden Rechtssatz Anerkennung zu verschaffen (144 f.).

b) Meves, GoltdA. **46** 85 f.: Im § 276 wie im § 823 liegt der gleiche Begriff der „Fahrlässigkeit" zugrunde. So unterscheidet er sich wesentlich von dem im strafrechtlichen Sinne. Hier handelt fahrlässig, wer bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt und Aufmerksamkeit den Eintritt des rechtswidrigen Erfolges als eine Folge seiner Handlung vorhersehen konnte oder mußte. Dieses auf dem subjektiven Gebiete liegende Moment (Vorhersehbarkeit) ist dem § 276 fremd. Die Folge dieser Verschiedenheit ist, daß für die Strafbarkeit einer fahrlässigen Handlung die Individualität des Täters und seine Intelligenz, die äußeren Umstände der Tat, kurz alle die Momente, aus welchen der Persönlichkeit des Täters gegenüber die Vorhersehbarkeit zu folgern ist, den ausschlaggebenden Faktor bilden, für die Ersatzpflicht aber lediglich eine objektive Verfehlung gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt maßgebend ist.

c) Titze, Unmöglichkeit 79 ff. unterscheidet bezüglich der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zwischen dem sog. öffentlichen Verkehre, bei welchem der einzelne als Unbekannter in Berührung mit der ihm unbekannten Menge, dem Publikum, gerät, und dem Privatverkehre, bei welchem „zwei, die sich kennen", mit Rücksicht auf ihre Bekanntschaft zueinander in Rechtsbeziehungen treten. Dort, führt er aus, müsse das Publikum beim einzelnen Schuldner die nötigen Eigenschaften voraussetzen, hier genüge es, wenn dieser die seiner Individualität entsprechende Diligenz beobachte. Dort herrsche deshalb ein objektiver und abstrakter, hier ein subjektiver und konkreter Maßstab. S. auch IDR. **1** zu § 276 Note 1.

Hiergegen Kisch 518 ff., der diese Unterscheidung für nicht durchführbar hält. Das Wissen des Gläubigers von dem Charakter, den Fähigkeiten usw. des Schuldners ist an sich unabhängig davon, ob die eine Partei die andere kennt oder nicht. Im Grade der Haftung ist kaum ein Unterschied zu machen. Näheres a. a. O.

d) Grundsätzliches aus der Rechtsprechung.

α. **RG. 54** 411, IW. **03** Beil. 90: Eine schuldvolle Handlung kann nur auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhen. Ebenso **RG.** IW. **03** Beil. 122.

β. RG. JW. 03 Beil. 96, DJZ. 03 345 Nr. 70: Es darf eine eingerissene Nachlässigkeit und Unsitte nicht berücksichtigt werden. Andererseits verlangt das Gesetz nicht bedingungslos die Aufwendung aller Sorgfalt, die erforderlich gewesen wäre, um einen eingetretenen Schaden abzuwenden. Ohne eine gewisse Gefährdung anderer ist der Verkehr — insbesondere der Schiffsverkehr — in vielen Fällen überhaupt nicht ausführbar. Es ist davon auszugehen, was in längerer Übung tatsächlich von den Beteiligten gehandhabt und erwartet wird. Über das Maß des Erforderlichen entscheidet in erster Linie die Anschauung der verschiedenen an dem Verkehre beteiligten Kreise (Fall eines Zusammenstoßes eines Schleppzugs mit einem Kahne, Länge der Schleppzüge).

Ähnlich RG. JW. 03 Beil. 93: Der Maßstab des § 276 ist kein feststehender und für alle Fälle ein völlig gleicher. Er gestaltet sich je nach der Art des Berufskreises und der Art und der Aufgabe des Geschäftsbetriebes verschieden. Innerhalb dieses Rahmens dürfen aber die Anforderungen nicht über das Maß desjenigen hinaus gespannt werden, was nach verständiger und besonnener Erwägung als geboten zu erachten ist. So ist selbst hinsichtlich besonderer vom Gesetze vorgeschriebener Sicherungsmaßnahmen anerkannt, daß die Herstellung einer jede denkbare Gefahr ausschließenden Sicherheit nicht im Sinne des Gesetzes liegt, es vielmehr nach den obwaltenden Umständen zu beurteilen ist, ob sich nach dem vernünftigen Ermessen und den gewöhnlichen Verhältnissen eine Gefahr erwarten und voraussehen ließ. (RG. JW. 98 372 Nr. 79.)

γ. OLG. Dresden, SächsA. 13 90 ff.: Fährlässigkeit ist nicht anzunehmen, wenn die Möglichkeit einer Rechtsverletzung so fern liegt, daß sie selbst bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht würde berücksichtigt worden sein. Fall eines Aberglaubens; — s. unten Note 7 h.

6. Haftung für Erfüllung. Vgl. hierzu JDR. 1 zu § 276 Note 3.

a) Siber führt aus: § 276 handelt von „Erfüllungsverschulden“, nicht nur von „kontraktlichem“, d. h. von der Haftung wegen schuldhafter Vereitelung oder Verzögerung (§ 287) der Erfüllung irgendwelcher, nicht nur der rechtsgeschäftlichen Ansprüche. § 276 gilt auch für dingliche (z. B. §§ 985, 1004 Satz 1) und für Deliktsansprüche; wenn die aus Delikt nach § 249 zunächst geschuldete Wiederherstellung nachträglich unmöglich wird, so ist der schon durch das Delikt verursachte Schaden ohne Rücksicht auf erneutes Verschulden, eine durch das Unmöglichwerden verursachte Erweiterung des Schadens dagegen nur auf Grund von §§ 276, 287 zu ersetzen (s. 101 ff., 115 ff., 117 ff., 124).

Bei Verpflichtungen mit beschränkter Haftung besteht eine (unbeschränkte) Ersatzpflicht wegen Erfüllungsvereitelung (§ 276) nur, wenn ihr Gegenstand eine Sachleistung und das Sondergut, z. B. der Nachlaß, zulänglich ist; sonst begründet schuldhafte Verminderung des Sonderguts (unbeschränkte) Ersatzpflichten unter dem Gesichtspunkte nicht der Erfüllungsvereitelung, sondern des Delikts (Arglist § 826, nach der Beschlagnahme auch Fahrlässigkeit § 823 Ziff. 2, verbunden mit StGB. § 137) oder der Verletzung besonderer Verwahrungs- und Verwaltungspflichten (s. 217 f., 220 ff., 230 f., 254).

Die sog. Diligenzpflicht ist entweder Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung (Aufbewahrung, Bewachung u. dergl.) oder bloße Ersatzpflicht wegen außer acht gelassener Sorgfalt bei der Erfüllung (s. 171 ff., 176 ff.).

b) Der allgemeine Rechtssatz des § 276.

α. Werner, R. 03 308 f. rügt, daß im BGB. sich nirgends eine den §§ 285 ff. I. 5 PrALR. entsprechende Vorschrift findet, daß, wer bei Erfüllung einer Verbindlichkeit sich eines Versehens schuldig macht, dem anderen Teile das Interesse zu ersetzen hat. In diesem Falle wären viele Einzelbestimmungen über-

flüssig, doch kann die Praxis diesen Satz offenbar nicht entbehren; deshalb wird der § 276 hierfür verwendet, indem ausgeführt wird, daß, wenn einmal das Gesetz die Vertretung anordnet, auch ein Mittel bestehen muß, sie allgemein zu verwirklichen (OLG. 5 373, 375; 6 227; RG. 52 18, 365, 367; R. 02 349 Nr. 1674; JW. 03 Beil. 34, 35). Es handelt sich hier durchweg nur um ein Verschulden bei der Erfüllung, nicht beim Vertragsschlusse. Doch begreift man unter dem Schadensersatze wegen Nichterfüllung auch die gelegentlich derselben vorgefallene anderweite Rechtsverletzung mit (s. Näheres über den Fall der Gewährleistung a. a. O.).

Ebenso Düringer-Hachenburg, HGB. 71, 72; RG. 52 18 ff., 50 200 ff.; E. Müller, R. 02 Nr. 22 u. 23; Friedrich Karl Müller, BadRpr. 03 332 ff.: Das BGB. enthält den allgemeinen Rechtssatz, daß jede schuldschafte Verletzung einer Vertragsverbindlichkeit, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, die Schadensersatzpflicht des Schuldners nach Vertragsrecht begründet.

β. Im Verhältnis zu den §§ 459 ff. insbesondere. RG. 53 200 ff., Seuff.A. 58 347 ff., JW. 03 Beil. 34, NaumbAK. 03 33, SchleswHolstAnz. 67 72: Ein allgemeiner Inhalt des Rechtssatzes, daß durch schuldhafte Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit die Verpflichtung zum Schadensersatze begründet werde, ist im BGB. nicht ausdrücklich aufgestellt, ergibt sich aber aus dem § 276 und aus den mehrfachen Bestimmungen über eine Haftung des Schuldners auf Ersatz des durch schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit verursachten Schadens. Unter dem Vertreten von Vorsatz und Fahrlässigkeit muß die Haftung desjenigen, welcher vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflicht verletzt, für die Folgen seines Handelns und der durch dasselbe bewirkten Schädigung verstanden werden. Dieser Grundsatz gilt auch für den Kaufvertrag, da er durch die §§ 459 ff. nicht ausgeschlossen wird, denn sie regeln nicht die Folgen schuldhafter Verletzung bestehender Vertragspflichten; vielmehr tritt durch sie zu der allgemeinen Haftung nach § 276 für ein Verschulden eine fernere, von einem Verschulden unabhängige Haftung hinzu, die auf einem besonderen Grunde beruht, so daß beide Haftungen nebeneinander bestehen. Die kurze Verjährung des § 477 umfaßt jedoch dem Sinne nach auch den auf einem Verschulden beruhenden Schadensersatzanspruch, der auf die Lieferung einer mangelhaften Sache gestützt wird.

Dernburg, Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung, DJZ. 03 1 ff., findet die Begründung des RG. bedenklich und führt aus, daß das Gesetz durch die eingehende Regelung der Haftbarkeit des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache (§§ 459—480, 493) die Analogie ausgeschlossen hat und auch keineswegs allgemein, wie dies § 276 vorschreibt, in diesen Fällen jede Fahrlässigkeit zu vertreten ist. — Vgl. im übrigen über Dernburg unten zu §§ 459 ff. Note 2.

γ. Im Verhältnisse zu den positiven Vertragsverletzungen insbesondere. Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen, wendet sich, DJZ. 03 253 ff., gegen Staubs Begriff der positiven Vertragsverletzungen; er findet ihn zwiespältig. Staub fasse darunter zusammen: a) daß jemand tut, was er unterlassen soll, b) daß jemand eine Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft. Diese Fälle seien aber wesentlich verschieden. Im ersteren Falle könne das Unterbleiben der geschuldeten Leistung sich durch nichts anderes als durch positives Zuwiderhandeln gegen die Verpflichtung darstellen, im zweiten Falle bestehe das Unterbleiben der geschuldeten Leistung darin, daß dasjenige nicht geschieht, was nach Inhalt der Verpflichtung geschehen sollte. — Diesen Fall erörtert Kipp. Es liegt im Falle fehlerhafter Leistung sicherlich nicht nur ein Verzug vor. Aber wenn die sonstigen Voraussetzungen des Verzugs gegeben sind, besteht bei Ablehnung des Angebots fehler-

hafter Leistung Verzug. Eine fehlerhafte Leistung kann die fehlerlose unmöglich machen, aber an sich bleibt die Verpflichtung zu korrekter Leistung nach fehlerhaftem Leistungsversuche fortbestehen. Deshalb ist § 633 Abs. 2 Satz 1 sachgemäß.

Nun kann aber der verfehlte Leistungsversuch dem Gläubiger schädlich sein, sei es für sich allein oder sei es in Verbindung mit dem Umstande, daß der Gläubiger die Leistung für eine fehlerfreie hält. Daß der Schuldner für diese Schäden haftet, wenn sie auf einem von ihm zu vertretenden Umstande beruhen, wird von Dernburg ebensowenig wie von Staub bezweifelt. Staub aber verweist auf die Analogie des Verzugs, während Dernburg die Haftung mit § 276 begründet. Kipp will lieber den § 276 ausdehnend auslegen und sagen: Dieselben Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat, und zwar im Sinne der Schadensersatzpflicht, wenn er sich die Leistung unmöglich macht, hat er zu vertreten, wenn er durch fehlerhafte Erfüllungshandlungen den Gläubiger schädigt. § 276 ist nicht streng auf das Unmöglichwerden der Leistung zu beschränken, auch bezüglich des Begriffs von dem, was eine Partei zu vertreten hat (vgl. §§ 285, 254 in Verbindung mit § 278).

Was das von Staub und vom RG. wegen der durch den Verzug eintretenden Gefährdung der Erfüllung des Vertragszwecks gewährte Rücktrittsrecht anbelangt, so besteht ein praktischer Grund zur Heranziehung der Analogie nicht, sondern es genügen die §§ 325, 326. (Kipp legt dies an dem Falle des RG. [Kieslieferungsvertrag, Betonmauerwerk] dar.) In zahlreichen Fällen der positiven Vertragsverletzung wird sich in gleicher Weise die angeblich die Erfüllung des Vertragszwecks gefährdende Natur der Verletzung dahin klarstellen lassen, daß gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung einer Vertragspflicht eingetreten ist. Hat aber die positive Vertragsverletzung die Erfüllung der Vertragspflicht nicht unmöglich gemacht, so kommt § 326 in unmittelbare Anwendung. Hierzu kommt, daß, wenn der im Verzuge befindliche Schuldner schuldhaft fehlerhaft leistet, und die Leistung vom Gläubiger in der Weise angenommen wird, daß er auf andere Leistung zunächst nicht besteht, so muß er nach § 249 auch die Folgen des Verzugs (den verfehlten Leistungsversuch, den Glauben an die Ordnungsmäßigkeit) gegen sich gelten lassen, gleich als sei der Verzug nicht beendigt worden. Außerdem entspricht die Staubsche Theorie mit Rücksicht auf die §§ 626 BGB., 70, 92 HGB. in zahlreichen Fällen keinem praktischen Bedürfnisse. Dagegen ist gegen Dernburg zu betonen, daß der Rücktritt nie den Schaden beseitigen kann, den die Vertragsverletzung hervorgerufen hat, sondern nur ferneren Schaden verhüten und Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung verschaffen kann. (Dernburg gibt Rücktrittsrecht, wenn der gemäß § 276 zu ersetzende Schaden nicht anders als durch Rücktritt zu beseitigen ist.)

A. a. O. 256 bemerkt er über das Verhältnis der allgemeinen Haftgrundsätze zum § 823: wenn innerhalb eines Rechtsverhältnisses die Haftung auf bestimmte Weise geregelt ist, darf man nicht jene Sonderregel aus dem Gesichtspunkte der Haftung wegen unerlaubter Handlung beiseite schieben: so z. B. im Falle des § 690, wenn der nur für diligentia quam suis haftende Verwahrer eine unerlaubte Handlung begeht. Doch wolle wohl die Regelung der Mängelhaftung beim Kaufe nicht in dieser Richtung exklusiv sein. Dann aber muß auch in den Fällen der §§ 521, 598, 599 unter Umständen § 823 eingreifen. Jedenfalls handelt es sich hier um eine deliktische, nicht vertragsmäßige Haftung.

Besonders betrachtet Kipp das Kaufgeschäft (255, 256 a. E.).

7. Einzelne Anwendungsfälle, insbesondere aus der Rechtsprechung.

a) Nichtige Verträge. Landsberg, PosMschr. 03 37 ff.: Wer ein nichtiges Versprechen nicht erfüllt, handelt nicht schuldhaft. Der Vertrag gilt als nicht vorhanden. Es fehlt an einem Schuldner im Sinne des § 276. Folglich muß jede Partei die Vertragskosten, die sie übernommen hat, tragen, sofern z. B. ein Grundstückskaufvertrag wegen Formmangels nichtig ist. Anders bezüglich der verauslagten Kosten (§§ 670, 683).

b) Flügge, Recht des Arztes 70: Der Arzt, der mit der Absicht, daß sein Handeln seinen Pflichten zuwiderlaufe, oder doch in dem Bewußtsein handelt, daß sein Handeln eine Verletzung seiner Pflicht enthalte, handelt vorsätzlich schuldhaft.

Fahrlässig: die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist ein objektiver Begriff; doch ist das Maß nicht für alle Berufe gleich. Beim Arzte ist es vielleicht das höchste Maß, das irgendein Stand aufzuwenden hat. Anderseits bildet die Einwilligung des Kranken nur die Grenze, innerhalb deren der Arzt bei jeder Maßregel die erforderliche Sorgfalt gewährleisten muß; doch gelten auch hier die §§ 827, 829.

c) Verfrachter von Seeschiffen. Wittmaack, Die Seetüchtigkeit des Schiffes beim Frachtvertrage, Goldschmidts Z. **53** 393: § 276 findet auch auf die Haft des Verfrachters für die Seetüchtigkeit des Schiffes Anwendung. Eine Vereinbarung, die die Haftung des Rheders ausschließt, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

d) Minderjährige. Straßenbahnunfälle. Haftpflichtgesetz.

α. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 920 ff., JW. **03** Beil. 76, Egers eisenb. E.u.A. **20** 160 ff. über das Verhältnis des § 276 zum § 1 des Haftpflichtgesetzes: Was unter Verschulden im Sinne von § 1 zu verstehen ist, ergibt § 276 BGB. Diese Bestimmung gilt auch für Kinder von 7—18 Jahren, deren Verschulden nicht ausschließlich nach § 828 Abs. 2 zu beurteilen ist (nur Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen! Unfall eines Knaben infolge unnötigen Aufenthalts zwischen zwei Gleisen einer Straßenbahn). — S. auch **RG.** JW. **03** Beil. 101, Eger a. a. O. 173: Es muß nach der Individualität des verletzten Minderjährigen geprüft werden, ob er bei seinem Verhalten so viel Einsicht besessen hat, daß ihm seine Handlungsweise zum subjektiven Verschulden anzurechnen sei. Die Erwägung, daß normale Knaben von 12 Jahren Einsicht genug zu haben pflegen, um ein Verhalten als gefahrbringend und in eigenem Interesse unstatthaft zu erkennen, genügt nicht. Vgl. auch o. zu § 254 Note 12a.

β. **RG.** R. **03** 526 Nr. 2635: Die Zugführer einer Straßenbahn dürfen davon ausgehen, daß die zwischen den Gleisen oder in deren unmittelbarer Nähe sich bewegenden Personen den Vorgängen des Bahnverkehrs die gebotene Aufmerksamkeit widmen, und brauchen nicht jedesmal den Zug zum Stehen zu bringen, wenn die Möglichkeit vorliegt, daß eine von ihnen wahrgenommene Person durch Außerachtlassung der mit dem Straßenbahnbetriebe verbundenen offensichtlichen Gefahren und gebotenen Vorsicht ein Gleis nicht rechtzeitig verlassen oder zur Unzeit auf ein solches sich begeben könne.

Vgl. überhaupt über das Verhältnis der Haftpflicht aus dem Haftpflichtgesetz zum bürgerlichen Recht auch o. zu § 254 Noten 10, 12a.

e) Haftung der Schulbehörden.

α. OLG. Naumburg, R. **03** 102: Ein Schulvorstand ist nicht verpflichtet, jedes einzelne Lehrmittel einer periodischen Prüfung zu unterziehen, ob es sich in ordnungsmäßigem Zustande befindet; wenn er es aber unterläßt, Mängel, die ihm vom Lehrpersonal angezeigt werden, zu beseitigen, so haftet er für den durch den Mangel verursachten Schaden.

β. OLG. Rostock, R. **03** 102—103: Auf das Rechtsverhältnis, das durch die Aufnahme von Schülern in eine staatliche — insbesondere höhere — Lehranstalt geschaffen wird, finden, soweit nicht öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte in Frage kommen, die Grundsätze des Privatrechts Anwendung. Zu den Verpflichtungen aus solchem Schulvertrage (Haftung des Staates für seine Beamten, § 278) gehört auch die Darbietung eines geeigneten Raumes für die Unterbringung der Kopfbedeckungen usw. der Schüler. Doch wird dadurch, daß die Schüler dem sie verbindenden Verbote, die Sachen nicht im Klassenzimmer, sondern an dem eigens hierfür bestimmten Platze aufzuhängen, nachkommen, nicht neben dem bestehenden Dienstvertrag ein selbständiger Verwahrungs- oder Bewahrungsvertrag mit der staatlichen Schulbehörde geschlossen. Ihr werden die Sachen nicht übergeben; der Besitz verbleibt den Schülern; sie will ihn auch nicht ausüben. So erscheint die Sorge für die Sachen vielmehr als eine in dem Dienstvertrage begründete Nebenleistung, welche die Behörde verpflichtet, einen geeigneten Platz anzuweisen, was lediglich nach den Grundsätzen des Dienstvertrags zu entscheiden ist.

A. M. LG. Mülhausen, Puchelts Z. **34** 39, welches einen stillschweigenden Verwahrungsvertrag als gegeben erachtet (vgl. R. a. a. O.).

f) Haftung des Gastwirts.

α. **RG.** JW. **03** Beil. 93: Die Eröffnung eines Wirtschaftsverkehrs in einem Anwesen begründet für den Wirt die Verpflichtung, für die Sicherheit seiner Gäste zu sorgen, und die Räume und die Zugänge zu den Räumen, innerhalb deren sich der Verkehr bewegt, zu beleuchten. Diese Pflicht erstreckt sich insbesondere auch auf die Bedürfnisanstalten und die Wege zu ihnen (vgl. **RG.** JW. **02** 148 Nr. 89). Die Erwägung, der Wirt habe damit rechnen müssen, daß fremde, der Lokalitäten unkundige Personen daselbst verkehren und manche seiner Gäste beim Genusse geistiger Getränke das gewohnte Maß überschreiten würden, liegt im Rahmen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, welche durch die Anforderung einer gesteigerten Aufmerksamkeit bedingt wird.

β. OLG. **6** 227 (Braunschweig): Der Wirt hat — ganz abgesehen vom § 701 — schon nach allgemeinen Grundsätzen denjenigen Schaden zu vertreten, der an den eingestellten Sachen durch sein oder seiner Leute Verschulden erwächst. (Unfall infolge eines im Stalle befindlichen Pferdes, eines „Schlägers", das der Wirt fahrlässigerweise nicht entfernt hat.) S. auch unten zu § 701.

g) Versicherungsverhältnis.

RG. HessRspr. **4** 122: Wer es (als Versicherter) an den durch die Umstände gebotenen und für jeden, auch einen Menschen von der bescheidensten Erfahrung, erkennbaren Vorsichtsmaßregeln fehlen läßt, macht sich einer culpa lata (l. 213 § 2 D. 50, 16) im Sinne des gemeinen Rechtes schuldig; dies steht einem besonders schweren Falle von „Fahrlässigkeit" im Sinne des französischen Rechtes und des BGB. gleich.

h) Fall eines Aberglaubens. S. oben Note 5d zu γ.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 90 ff.: Die allein maßgebende verständige Verkehrssitte erfordert keineswegs, daß die Vertragsteile mit dem Bestehen eines Aberglaubens und dessen Folgen rechnen müssen. (Es handelte sich um den Transport einer Leiche in dem Leichenwagen des Klägers; der Beklagte hatte als Todesursache Herzschlag genannt, während Erhängen die Todesursache war. In der betr. Gegend herrscht der Aberglaube, eine Leiche werde entweiht, wenn sie in einem zur Beerdigung eines Selbstmörders benutzten Wagen gefahren werde. Infolgedessen klagte der Leichenwagenbesitzer auf Schadensersatz.)

§ 278. 1. Ueber den Grund der Haftung des Schuldners für Verschulden seiner Gehilfen vgl. Neumann 119 ff. Diese Haftung war schon im

römischen Rechte allgemein und nicht nur im Falle seiner locatio conductio operis anerkannt. Sie erklärt sich aus dem Verschuldungsprinzipe. Vgl. im übrigen oben zu § 276 Noten 4, 5a.

2. Weite Interpretation.

a) Burckhardt 533 ff. gibt einen kurzen historischen Ueberblick über die Haftung für fremde Schuld.

Er nennt die „peinlich erwogene Ausdrucksweise" des § 278 dennoch „ungenügend". Er dehnt die Bestimmung mit Feder auf den Fall aus, daß der Schuldner, der für die Erhaltung einer Sache aufzukommen hat, sie einer der im § 278 genannten Personen zur alleinigen Obhut oder auch nur zu Mitgebrauch und Mitbeaufsichtigung überläßt, wie z. B. bei der Miete.

Er schließt sich im allgemeinen der weiteren Auslegung des § 278 an. Bezüglich Feders s. IDR. **1** zu § 278 Note 1d.

b) α. Linckelmann, JLBl. **15** 140 wendet sich gegen Feders extensive Interpretation des § 278.

β. Ebenso hält Schmaltz, MecklZ. **22** 182, Feders extensive Interpretation für zum Teil zu weitgehend, z. B. seine Ansicht (93), daß, wer sich in einer Fabrik eine Maschine bauen lasse, den Fabrikanten zu einer Verrichtung bestelle. — Bedenklich findet er, daß (25) der Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker, Konkurs- und Zwangsverwalter als gesetzliche Vertreter des Erben, Kridars und Eigentümers aufgeführt werden; ferner, daß zunächst (36) als Voraussetzung des § 278 aufgeführt sei, daß die Benutzung einer Hilfsperson gestattet sei, dann aber gesagt werde: habe der Schuldner im entschuldbaren Irrtum angenommen, er dürfe eine Hilfsperson verwenden, so treffe sie doch die mildere Haftung des § 278.

γ. Ferner Titze, CBlRw. **22** 235 ff. Er wendet sich in einer Besprechung der Federschen Abhandlung gegen dessen Begriff von der „Verantwortlichkeit". Im Rechte kenne man eine Verantwortlichkeit vor sich selbst nicht. Vielmehr setze hier der Begriff der Verantwortlichkeit notwendigerweise einen anderen voraus, dem man verantwortlich sei, dem man auf sein Verlangen das Gewähren schulde.

Die Auslegung des § 278 sei zu ausgedehnt. Daß Nachlaßverwalter, Nachlaßpfleger und Testamentsvollstrecker zu den gesetzlichen Vertretern des § 278 gehören, sei sicher unrichtig. Die Verantwortlichkeit des Erben für ein Verschulden dieser Personen würde zu Ergebnissen führen, die mit erbrechtlichen Grundsätzen in Widerspruch ständen.

3. Leonhard, KrVSchr. **44** 427 wendet sich gegen Isays Auffassung (Geschäftsführung 404) von der Konkurrenz der §§ 278 und 831; er ist mit der herrschenden Ansicht der Meinung, daß es darauf ankomme, ob die Verletzung in einem Falle eines bestehenden Schuldverhältnisses begangen sei.

4. Wendt 65 ff.: Es gibt — auch kontraktlich ausbedungene — Unterlassungspflichten, die nicht so gemeint sind, daß nicht bloß dem Schuldner die Zuwiderhandlung verboten ist (vgl. die Verbote des Nachbarrechts: objektiv bestimmte Einwirkungen auf das Grundstück sind verboten). Auch hier hat der Schuldner das Tun seiner Leute zu vertreten (vgl. HGB. § 431), wie der Mieter vertreten muß, was seine Angehörigen usw. verschuldet haben.

5. Flügge, Recht des Arztes 71: Der Arzt hat regelmäßig für seine Vertreter oder Assistenten einzustehen. Doch wird er sich häufig an diesen schadlos halten dürfen. Viele „Vertreter" werden für eigene Rechnung als Selbstkontrahenten tätig (s. unten zu § 613). Doch empfiehlt sich ausdrückliche Vereinbarung.

6. Haftung der Rechtsanwälte und Notare für Gehilfen. S. IDR. **1** zu § 278 Note 6; vgl. auch zu § 276 (S. 188) und zu § 676 Note 4.

a) Jacobsohn, DIZ. **03** 237 ff.: Der Notar, der ein Bureau eröffnet

und einen Bureauvorsteher bestellt, macht damit allen Parteien die Offerte, daß sie zwecks notarieller Tätigung nach seinem Bureau kommen und Urkunden daselbst abgeben können. Darin liegt die Verbindlichkeit, mit den in sein Bureau gebrachten Urkunden sorgfältig zu verfahren, — womit er allerdings weder eine Garantie übernommen noch einen solchen Antrag oder Auftrag bereits angenommen hat. Seine Verbindlichkeit beschränkt sich zunächst auf die Pflicht, mit den Urkunden ordnungsmäßig zu verfahren. Zur Erfüllung derselben bedient er sich des Bureauvorstehers, für den er nach § 278 haftet. Natürlich kann er diese Haftung durch Anschläge usw. beschränken. Das Ergebnis ist aber: hat der Bureauvorsteher im Interesse des Notars einen Antrag (Auftrag) zu einem notariellen Geschäfte für diesen in seiner Abwesenheit oder ohne seine Kenntnis entgegengenommen mit der Verpflichtung zur Weiterbeförderung an den Notar, so haftet der Notar, wenn er die Haftung nicht ausdrücklich generell oder dem Klienten gegenüber ausgeschlossen hat, für Versehen oder Verschulden des Bureauvorstehers bei Erfüllung dieser Verpflichtung.

Eichhorn äußert sich, DJZ. **03** 290, zu der Ansicht Jacobsohns unter Verwahrung gegen die mißverständliche Auffassung seiner Ausführungen in der DNotVZ. **01** 330, indem er dieselben kurz erläutert.

b) Eichhorn, DNotVZ. **3** 339 ff., führt mit bezug auf die Aufsätze von Jacobsohn und Schultze-Görlitz aus, daß — abgesehen von der eigentlichen Amtshandlung — eine Vertretung bei der Vorbereitung und Ausführung sowohl zulässig als möglich sei, eine Haftbarkeit aber nicht schon durch die Tatsache der Bureaueröffnung begründet werde, sondern nur durch eine nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit der „Verkehrssitte" zu vermutende Bevollmächtigung zu rechtfertigen sei. Der Annahme des RG., daß der Bureauvorsteher in ein direktes Auftragsverhältnis zum Publikum trete, indem er einen Wechsel zum Protest entgegennimmt, also auch direkt haftbar sei, wenn er den Auftrag zu übermitteln unterläßt, wird entgegengetreten, weil sie den Verkehrsgewohnheiten nicht entsprechen würde.

c) Vgl. ferner Schneider, Treu und Glauben 219 ff.: Zwei, die miteinander einen Darlehensvertrag abschlossen, verhandelten in dem Bureau des Anwalts, ohne es zu ahnen, mit dessen Buchhalter. Dieser brachte den Hinterlegungsvertrag und die Auszahlungsbedingungen verkehrt zu Papier. Der Rechtsanwalt hatte später die Hinterlegungssumme angenommen und wurde wegen der unrichtigen Auszahlung haftbar gemacht. Berufungsgericht und RG. verurteilten ihn zur Zahlung an den wirklichen Hinterleger. Es wurde nicht etwa ein durch Vermittelung des Buchhalters zustande gekommener Hinterlegungsvertrag angenommen, noch sonst der Gesichtspunkt der Stellvertretung herangezogen, sondern lediglich der Schädenanspruch aus der Pflichtverletzung des Rechtsanwalts (§ 28 RAO.) hergeleitet. — Schneider billigt diese Entscheidung. —

d) Vgl. ferner Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 194. Er wendet sich gegen das Bestreben, möglichst in jedem Falle, wo es die Billigkeit erheischt, einen stillschweigenden Garantievertrag anzunehmen. In dem vorliegenden Falle werde die Annahme (des KG.) zur Fiktion.

7. Hertzer, Die Verantwortlichkeit für den Schaden aus der verspäteten oder unterbliebenen Zustellung des von der Eisenbahn der Post übergebenen Avises, Egers eisenb. E. u. A. **19** 274 ff., nimmt an, daß, falls das Benachrichtigungsschreiben (§ 68 Abs. 1 der Eisenb.Verk.O.) dem Empfänger verspätet oder überhaupt nicht zugeht und ein gemäß § 252 BGB. zu ersetzender Schaden (Verderb des Gutes infolge der verspäteten Abholung, Lager- oder Wagenstandgeld-Kosten) entsteht, die Eisenbahn aus § 278 auf Grund des Frachtvertrags haftet. Die Handlungen des schuldigen Postbeamten sind in der Weise zu be-

urteilen, als seien sie von der Eisenbahn selbst vorgenommen. Der Postbeamte selbst kann außerdem gemäß § 839 in Anspruch genommen werden, doch ist der Weg gemäß § 278 gegen die Eisenbahn sicherer; auch entfällt der § 839 bei Fahrlässigkeit, sobald auf andere Weise (dem Wege des § 278) Ersatz verlangt werden kann.

8. **RG. 55** 329 ff., SchleswHolstAnz. **67** 353 ff., JW. **03** Beil. 123: Wenn auch der rechtsgeschäftliche — gewillkürte — Vertreter nicht als solcher zu den Personen des § 278 gehört, so kann er doch gegebenenfalls sehr wohl als Gehilfe bei Erfüllung einer Verbindlichkeit in Betracht kommen; auch ist es möglich, daß es sich bei der Erfüllung gerade um Vornahme einer rechtlichen Verbindlichkeit handelt (331). — Über das Verhältnis des § 278 zum § 254 s. dieses Urteil auch o. zu § 254 Note 9 c.

9. Aus der Rechtsprechung. Einzelne Fälle.

a) Haftung des Hotelwirts.

OLG. Celle, R. **03** 575 Nr. 2909: Der Hotelwirt hat ein Verschulden seines Hausknechts, dessen er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus dem mit dem Gaste geschlossenen Mietvertrage bedient hat, gemäß § 278 zu vertreten; § 831 kommt nicht in Betracht.

b) Staat und Beamte.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 226: Aus § 278 ist eine allgemeine Haftung des Staates für seine Beamten nicht herzuleiten. Nach Art. 77 EG. z. BGB. ist das Landesrecht maßgebend.

c) Vermieter und Angehörige des Mieters.

OLG. Dresden, Seuff. A. **58** 54: Die Haftung aus § 278 ist nur gegenüber demjenigen begründet, dem gegenüber die von Schadenszufügung begleitete Handlung sich als Erfüllung einer Verbindlichkeit aus einem Schuldverhältnisse darstellt. In einem solchen Verhältnisse steht aber der Vermieter nur zu seinem Mieter selbst, nicht auch zu den die Mietwohnung teilenden Familienangehörigen. Der Hausvater verwirklicht bei Begründung eines Mietverhältnisses, wenn er auch bewußt zugleich im Interesse seiner Familienglieder handelt, insofern nur die Absicht, seiner Unterhaltspflicht zu genügen, nicht aber, ihnen auch ein selbständiges Vertragsrecht gegen den Vermieter zu verschaffen; noch weniger ist in der Regel bei diesem eine Vertragsabsicht anzunehmen. (Der 14 jährige Sohn eines Mieters hatte einen Unfall auf einem Hausabort erlitten; die Voraussetzungen des § 831 waren verneint, die des § 278 wurden es mit obigen Gründen.)

d) Rhedereivertrag.

RG. Seuff. A. **58** 160 ff.: Soweit zur Erfüllung des Überfahrtvertrags Handlungen durch Hilfspersonen der betr. Gesellschaft vorgenommen werden, haftet der Rheder für die ordnungsmäßige Vornahme dieser Handlungen gemäß § 278 BGB. Zur Vollendung des Transports gehört auch die Ausbootung der Passagiere. — Dagegen der Einsender Svs. ebenda 162 ff.: Nach Art. 2 EG. z. HGB. in Verb. mit den §§ 664—678 (Überfahrtvertrag) und den §§ 485, 486 (allgemeine Bestimmungen bezüglich der Haftung des Rheders für die Schiffsbesatzung) können nur diese seerechtlichen Bestimmungen, nicht aber § 278 BGB. in Betracht kommen. — Vgl. ferner unten zu § 282 Note 2.

e) Haftung für Unfälle bei Transportverträgen.

α. OLG. **6** 80 ff. (Stettin) faßt die Übernahme der Verpflichtung durch den Dienstherrn, den Hin- und Rücktransport des Dienstverpflichteten auf eigene Kosten zu bewerkstelligen, als eine neben derjenigen zur Zahlung der Vergütung stillschweigend von beiden Seiten gewollte auf in einem Falle, wo der Dienstberechtigte jemanden angenommen hatte, damit er beim Aufladen und Transporte helfen sollte, und ihn zu diesem Zwecke mit einem von seinem Sohne geleiteten Fuhrwerke nach dem betreffende Orte schickte. Die Vergütung hätte sich zweifellos

verhältnismäßig nicht unbedeutend erhöht, wenn er auf eigene Kosten die Hin- und Rückfahrt hätte bewerkstelligen müssen; es lag daher nahe, daß er zur Ersparung unnötiger Kosten den Transport übernahm. — Infolge dieser Auffassung läßt das Gericht alsdann den Dienstherrn für das Verschulden seines Sohnes, der infolge Trunkenheit eine Kollision des Wagens mit einem Prellsteine herbeiführte, gemäß § 278 haften.

➳ Es kann zweifelhaft sein, ob die Verpflichtung des Dienstherrn, den Verpflichteten an diejenige Stelle zu befördern, wo seine Dienste zu leisten sind, als eine — wenn auch stillschweigend übernommene — aus demselben Dienstvertrage sich ergebende angesehen werden kann. Das Gericht nimmt dies an, da es sagt: „Durch den Vertrag wurde der Beklagte aber nicht bloß verpflichtet, dem Kläger dessen Dienste zu vergüten, sondern er erzeugte die weitere Verpflichtung" usw. Allein, man kommt zu dem gleichen Ergebnis auch dann, wenn man gemischte Vertragsbeziehungen bzw. ein doppeltes Vertragsverhältnis annimmt: a) den grundlegenden Dienstvertrag, b) einen Auftrag, bei dem der transportbedürftige Dienstverpflichtete der Auftraggeber und der den Transport übernehmende Dienstherr der Beauftragte ist. In diesem Falle haftet der Dienstherr als Mandatar gemäß §§ 664, 278. — Red. ⇠

β. **RG. 55** 335ff., JW. **03** Beil. 123—124: Die Verbindlichkeit des Unternehmers (Eisenbahnfiskus), Personen von einem Orte zum anderen gemäß der Fahrkarte zu befördern, gilt nicht schon im Augenblicke der Ankunft des Bahnzugs auf dem Bahnhofe des Bestimmungsorts als erfüllt, sondern umfaßt auch die Verpflichtung, den Reisenden einen sicheren Ausgang aus dem Bahnhofe zu gewähren. Der Eisenbahnunternehmer, der den angekommenen Reisenden nicht einen ungefährdet zu passierenden Ausgang gewährt, verletzt daher seine Vertragspflicht. Er hat deshalb ein Verschulden der Stationsarbeiter, die bei eingetretener Frostglätte mit Sand zu streuen verpflichtet waren, gemäß § 278 zu vertreten; § 831 kommt nicht in Betracht.

§ 279. 1. Oertmann, A.bürgR. **16** 446: Zur Befreiung des Genusschuldners kommt es nicht darauf an, daß, wie Weyl, Vorträge 337, sagt, „die ganze Gattung ausgestorben ist," sondern daß die Leistung daraus nicht möglich ist. S. auch JDR. **1** zu § 279 Note 2.

2. Siber: § 279 ist entsprechend anzuwenden für jedes auf Zahlungsunfähigkeit beruhende Unvermögen zur Leistung (218f.); er gilt auch für die Ersatzpflicht wegen Verzugs (224f.), die aber bei Verpflichtung mit beschränkter Haftung gleichfalls beschränkt ist, wenn der Verzug auf Zahlungsunfähigkeit des Sonderguts beruht (225f.).

§ 280. 1. Ueber betagt und bedingt wirksame Ansprüche im Gegensatze zu bloß befristeten oder bedingten Ansprüchen nach §§ 280ff. — s. auch oben zu § 269 Note 1 und unten zu § 398 — vgl. Langheineken 57.

2. **RG. 52** 392ff., Seuff. A. **58** 223ff.: In den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325, 326, 338, 440 Abs. 2, 524 Abs. 2 wie in den §§ 463, 480 Abs. 2 ist der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung", wie schon der Inhalt dieser Vorschriften unmittelbar ergibt, in dem Sinne eines durch die vollständige Nichterfüllung entstehenden Schadens gebraucht.

3. Huther, Ueber das Anerbenrecht im Falle, daß zur Zeit des Besitzers das Bauerngut verkauft, aber noch nicht auf den Käufer verlassen ist — s. auch u. zu § 771 — MecklZ. **22** 64ff., bemerkt 73: Der Erbe hat in diesem Falle dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden nicht zu ersetzen; einmal liegt ein Schaden nicht vor, weil die Erfüllung durch den Anerben möglich bleibt, ferner fehlt das Erfordernis, daß der Erbe den Umstand, infolgedessen ihm die Leistung unmöglich wird, zu vertreten hat. Von dem

Uebergang eines Schadensersatzanspruchs des Gläubigers gegen den Erben auf den Anerben kann also keine Rede sein. Auch § 281 ist unanwendbar (s. u. zu § 281 Note 4).

§ 281. 1. Über einzelne Anwendungsfälle des § 281 s. Kisch KrVSchr. **44** 525 ff. Er wirft das Problem auf: Wie berechnet der Gläubiger, welcher sich einen Entschädigungsanspruch des Schuldners gegen einen Dritten als Surrogat abtreten läßt, die Höhe dieses Anspruchs? Er hält die Unterscheidung Titzes, der für außerkontraktliche Schadensersatzforderungen das eigene, für vertragliche das des Schuldners bestimmend sein läßt, für ungerechtfertigt. Der Gläubiger erlangt den Ersatz immer nur in der Höhe, in welcher er dem Schuldner selbst zugestanden haben würde.

2. Kisch a. a. O. 529 faßt — gegen Titze — die Befugnis des Gläubigers, das etwaige stellvertretende commodum zu verlangen, nicht als facultas alternativa auf (s. das. die nähere theoretische Begründung).

3. Ueber die Bedeutung des § 281 im Falle des mehrfachen Verkaufs eines Grundstücks s. Martinius, Gefahr beim Kaufe, A.bürgR. **17** 69 ff., insbes. 74 ff. — s. auch JDR. **1** zu § 433 Note 1, § 446 Note 1 usw.: Falls der Herr und der Bevollmächtigte selbständig, arglos handeln, ohne voneinander zu wissen, so fragt es sich, ob das Surrogationsprinzip des § 281 verwertbar ist. Verfasser tritt dafür ein, daß der Kaufpreis dem Verkäufer die Sache in gleicher Weise, wie die Versicherungssumme ersetzt. Vgl. auch a. a. O. 76.

4. Huther a. a. O. 73 ff., (s. o. zu § 280 Note 3): In dem erörterten Falle ist zwar zweiffellos der Kaufpreis der vom Erblasser und Käufer vereinbarte Ersatz für das Gut, und der Erbe hat auch den in der Erbschaft steckenden oder noch zu fordernden Kaufpreis durch den Erbfall erlangt; und derselbe Erbfall, der das Anerbenrecht eröffnete, hat ihm auch die Leistung des Gutes unmöglich gemacht. Gleichwohl ist § 281 unanwendbar. Denn er setzt voraus, daß das, was herauszugeben oder abzutreten ist, in der Eigenschaft eines Ersatzes für den geschuldeten Gegenstand infolge desselben Umstandes, der die Leistung des Gegenstandes unmöglich machte, vom Schuldner erlangt ist. Der Erbe hat dasselbe aber durch sein gesetzliches Erbrecht erlangt. Aber würde auch ein Ersatz im Sinne des § 281 vorliegen, so würde der Paragraph in erster Linie dem Käufer, als Gläubiger, zugute kommen, und diesen ermächtigen, das Kaufgeld, soweit er es bezahlt, zurückzufordern.

§ 282. 1. Ueber **RG. 54** 28 ff., SächsA. **13** 558 ff., JW. **03** Beil. 55 s. o. zu § 275 Note 5a und unten zu § 283 Note 1.

2. **RG.** SeuffA. **58** 161, — s. auch oben zu § 278 Note 9d: Zur Vollendung des Transports bei einem Ueberfahrtvertrage gehört auch die Ausbootung der Passagiere. Hat nun der Passagier einen Unfall auf dem Schiffe erlitten (indem ihm durch Zuschlagen der zum Reeling führenden Tür ein Finger zerquetscht wurde), so muß, wenn der Vertrag nach eingetretener Verletzung nicht mehr so erfüllt werden konnte, wie er zu erfüllen gewesen wäre, die Transport-Gesellschaft beweisen, daß die Unmöglichkeit die Folge eines von ihr zu vertretenden Umstandes nicht sei; sonst hat sie den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 280).

Dagegen der Einsender Sos. ebenda 162 ff.: Er bekämpft die Uebertragung des Haftungsgrundsatzes aus § 606 HGB. auf das Frachtgeschäft von Personen. Das RG. scheine davon auszugehen, daß der Inhalt des Ueberfahrtvertrags auf unversehrte Absetzung der Reisenden am Ziele der Reise gehe. Dies sei unrichtig. Erleide der Reisende bei Gelegenheit seiner Beförderung einen körperlichen Schaden, so könne er, wenn die einschlägigen Voraussetzungen gegeben seien, freilich den Rheder auf Grund des Vertrags bzw. aus

§ 823 in Anspruch nehmen. In jedem Falle treffe aber den Reisenden die Beweislast seiner Schadensklage entweder dahin, daß der Vertrag mangelhaft erfüllt, oder dahin, daß die Schiffsmannschaft ihm gemäß § 823 eine Körperverletzung zugefügt habe. Das letztere verstehe sich schon von selbst, das erstere folge aus dem Rechtssatze des § 363; der Vertragsteil, der einen selbständigen Anspruch auf die Mangelhaftigkeit der Erfüllung im ganzen oder in einem einzelnen Punkte begründen wolle, müsse seinerseits den Mangel in der Erfüllung als die Grundlage seines Anspruchs beweisen.

§ 283. 1. **RG. 54** 28 ff., SächsA. **13** 558 ff., Holdheims MSchr. **12** 152, IW. **03** Beil. 55: § 283 ist mit vollem Vorbedachte getroffen worden, um dem Gläubiger bei dem unzulänglichen § 893 ZPO. zu seinem Rechte zu verhelfen, und gilt bei allen Schuldverhältnissen. Hieraus folgt, daß auch bei vorliegender, jedoch noch nicht festgestellter Unmöglichkeit auf die Leistung selbst geklagt werden kann, und daß eine entsprechende Verurteilung zu erfolgen hat. Eine solche Verurteilung zu einer nach Angabe des Schuldners unmöglichen Leistung ist weder widersinnig noch zwecklos, wenn sich auch die Vollstreckung von selbst verbietet und andererseits ein Urteil auf eine Leistung, deren Unmöglichkeit bereits feststeht, nicht zu erlassen ist. Allein, ist sie nur behauptet, aber noch nicht erwiesen, so kann der Schuldner nur dann verlangen, zum Beweise derselben zugelassen zu werden, wenn er auch darlegen kann, daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat und deshalb nach § 275 von der Verpflichtung zur Leistung befreit ist; steht jedoch schon fest, daß der Schuldner die Unmöglichkeit, wenn solche vorliegen sollte, zu vertreten, vielleicht gar selbst herbeigeführt hat, so darf er sich hierauf nicht berufen, um den Gläubiger zu zwingen, seinen Schaden nachzuweisen, ohne den Weg des § 283 einzuschlagen. Dieser Weg aber bietet dem Gläubiger besondere Vorteile. — S. auch oben zu § 275 Note 5a und zu § 282 Note 1.

2. Eccius, Gruchots Beitr. **47** 151, 152 macht für die Fälle, in denen der Gläubiger dem Schuldner eine Frist im Sinne der §§ 283, 325 Abs. 2, 326, 634 Abs. 1 setzt, auf die große praktische Bedeutung des Rechtes aufmerksam, diese Frist bei prozessualer Geltendmachung des Leistungsanspruchs im Urteile festsetzen zu lassen. Setzt der Gläubiger eine Frist, so muß er selbst in dieser Frist warten, kann also auf Grund eines auf Leistung gerichteten Urteils einen Zwang zur Leistung nicht ausüben. Wird aber in dem zur Leistung verurteilenden Erkenntnisse nach dem Antrage des Gläubigers eine Frist bestimmt, nach deren Ablauf er den Anspruch auf Erfüllung überhaupt verliert, und beschränkt sich das Urteil hierauf, so ist der Gläubiger auf einen neuen Prozeß hingewiesen. In Wahrheit ist in solchen Fällen das Gläubigerrecht auf eine bis zum Ablaufe der Frist dauernde Fakultas des Schuldners abgeschwächt, die eigentliche Verbindlichkeit des Schuldners liegt hinter dem Fristablauf. An die Stelle der in früherer Zeit üblichen Ansprüche und Verurteilung auf eine Leistung hat jetzt schon in dem Prozeß über die Leistung bei Stellung einer vom Richter zu bestimmenden Leistungsfrist der schon in diesem Prozesse zu erhebende und zuzusprechende Anspruch zu treten, der auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet wird, erzwingbar nach Ablauf der richterlich bestimmten Frist, sofern nicht die schuldige Leistung in dieser Frist erfolgt.

3. Ueber Langheineken s. o. zu § 250 Note 2, wo die Frage erörtert ist, ob mit Bestimmung der Frist der Ersatzanspruch als ein bloß bedingter entsteht.

4. Abs. 1 Satz 2: Ist der Selbstmord des Schuldners ein von den Erben zu vertretender Umstand? — Diese Frage bejaht — gegen Titze — Kisch 519: Nur, wenn er in einem die freie Selbstbestimmung ausschließenden Zustande begangen wurde, wirke er befreiend.

5. Ueber Mißlichkeiten, zu denen der § 283 führen kann, weil der Gläubiger kraft eines Urteils auf eine unmögliche Leistung dem Schuldner eine Frist setzen und nach deren fruchtlosem Ablaufe Schadensersatz verlangen kann (Titze, Unmöglichkeit 29 ff.), s. Kisch a. a. O. 520 ff.

Literatur: de Claparède, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge mit besonderer Berücksichtigung des BGB. und d. Schweiz.Obl.R., I. Genf 1903. Krückmann, Der Fortfall des Interesses und der Untergang des Schuldverhältnisses, A.civPr. **90** 88 ff.

§ 284. Begriff und Wesen.

1. de Claparède 7 ff.: Das Verschulden des Debitors ist an und für sich keine selbständige, eigene, besondere Voraussetzung, wie etwa Fälligkeit oder Mahnung, vielmehr ein in der rechtsverletzenden Säumnis präsumtiv enthaltenes Faktum, dessen Nichtvorliegen den Schuldner nur von gewissen, — freilich den wesentlichsten — Rechtsfolgen (wie im Schweiz.Obl.R.) entbinden sollte (18 f.). Auch die bisweilen geforderte Nachholbarkeit der Leistung ist, wennschon ein naturale, kein begriffliches Erfordernis, kein essentiale des morari. Denn letzteres als Nichthandeln in dem vom Gläubiger gewollten Zeitpunkt ist stets — so schon in Rom — etwas Momentanes, eine „der Vergangenheit angehörende, unmittelbar einsetzende und verhaftende Rechtsverletzung", ohne aber das fernere Schicksal der Obligation gleichförmig zu gestalten, hier einen Ersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung (bzw. bei Geldforderungen auf Verzugszinsen), dort bei Speziesschulden eine Haftung für casus, in anderen Fällen eine solche für kulpose Unmöglichkeit involvierend. Ist aber die Auslösung der einzelnen Verzugsfolgen durch den besonderen Obligationsinhalt bestimmt und die debitorische Haftung regelmäßig auf dessen pflichtwidrige Säumnis als kausales Moment zurückzuführen, so ist die Nachholbarkeit sowenig Voraussetzung des technischen Verzugs, als die etwaige Nichtnachholbarkeit lediglich eine aus dem konkreten Obligationsinhalt und der Säumnis resultierende Wirkung. Auch bleibt bei Schuldverhältnissen auf nicht nachholbare Leistungen die — für den Verzug begrifflich erforderliche — Obligationsfortdauer bestehen; eine „Verwandelung" oder Erlöschung der alten durch Ersatz einer neuen Obligation liegt nicht vor, nur eine Verwandelung des Obligationsinhalts, nicht der Obligation selbst, das Schuldverhältnis ist nicht „in seinen Grundfesten zerstört".

Der durch die schuldhafte Nichterfüllung „entstehende" Schaden des § 280 kann den Schuldner in gleicher Weise verhaften, wie der „durch den Verzug entstehende" des § 286 bzw. „die während des Verzugs durch Zufall eintretende Leistungsunmöglichkeit" des § 287 usw. (19 sub III ff.).

2. Langheineken nennt — s. insbes. o. zu § 194 Note 4b — „verhaltene Ansprüche" diejenigen, die bereits voll begründet sind, so daß jemand „berechtigt ist, eine Leistung zu verlangen", aber noch keine aktuelle Verpflichtung beim Schuldner vorliegt, dieser Mangel jedoch ohne weiteres, jederzeit, nach freiem Belieben des Gläubigers, nämlich durch bloße Erhebung des Anspruchs, durch die einfache, in keiner Weise rechtlich beschränkte Geltendmachung des Anspruchs gehoben werden kann (101 ff., 103); z. B. es hat jemand auf Verlangen zu leisten; jemand kann jederzeit Leistung verlangen usw. (Beispiele s. a. a. O.: §§ 259, 368, 403, 416, 629, . . . 630, 1082, 1219, . . . 604, 695, 696 usw.).

In diesen Fällen kann der Schuldner nie vor Stellung des Verlangens in Verzug geraten. Die Geltendmachung des verhaltenen Anspruchs bewirkt regelmäßig die sofortige Fälligkeit der Leistung im Zeitpunkte der Geltendmachung. Weil der verhaltene Anspruch vor seiner Erhebung nicht fällig ist, so erfolgt die Mahnung — genau genommen — nicht nach dem Eintritte der Fälligkeit, sondern mit ihm zugleich (108). Vor Erhebung des verhaltenen Anspruchs ist ein

Klagerecht nicht begründet, wenigstens kein Recht auf Verurteilung zu sofortiger Bewirkung der geschuldeten Leistung (109).

3. Gegen Titzes Auffassung, Unmöglichkeit (41), und die herrschende, daß der Erfüllungsverzug eine vom Schuldner zu vertretende „teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit" sei, s. Kisch 514 ff. S. auch JDR. **1** zu § 284 Note 4.

4. Unterlassungsverbindlichkeiten.

de Claparède: Auch die auf ein Unterlassen gehenden Obligationen sind hiernach verzugsfähig (24 f.). Über die Ausweitung der Verzugsnormen auf die absoluten, insbesondere die dinglichen Ansprüche 30 ff.. Anders bei den für den Gläubiger keinen Vermögenswert repräsentierenden Schuldverhältnissen (36 ff.). Über die Fälligkeit s. Note 1 zu § 271; ihr Verhältnis zu Einreden (40 unter II ff.). Erstere deckt sich begrifflich nicht mit einer Leistungsberechtigung des Debitors (44 f.).

Wendt, AzivPr. **92** 68 ff.: Über die Frage, ob und inwieweit Unterlassungsverbindlichkeiten überhaupt geeignet sind, eine mora solvendi eintreten zu lassen. Es kommt auf die Beschaffenheit der einzelnen Verbindlichkeit an. Oft wird Untätigkeit vom Schuldner verlangt. Zum Teil hat schon die einmalige Zuwiderhandlung die Folge, lediglich Ersatzansprüche übrig zu lassen und den Erfüllungsanspruch ganz zu beseitigen.

5. Affolter, Buschs Z. **31** 466, 468 und System des deutschen Übergangsrechts 154. Bei dinglichen Ansprüchen kennt das Gesetz ebenfalls einen Verzug des Verpflichteten. Die Mittel, um ihn in Verzug zu setzen, müssen die gleichen sein, wie bei einem obligatorischen Anspruche, also müssen die §§ 284, 285 entsprechende Anwendung finden. Ebenso müssen die Wirkungen des Verzuges eines dinglich und die eines obligatorisch Verpflichteten die gleichen sein, also kommen die §§ 284—290 entsprechend zur Anwendung. — Vgl. auch unten zu § 990.

6. Die Mahnung. Vgl. hierzu JDR. **1** zu § 284 Noten 2, 3 und 6.

a) de Claparède: Der Mahnungszweck liegt in der kategorischen Festlegung des für den Verzug begrifflich erforderlichen Leistungszeitpunkts; der Interpellant will lediglich die rechtzeitige Erfüllung zur Rechtspflicht erheben, allein ohne notwendig auf umgehende Erfüllung abstellen zu brauchen (119 ff.). Ihrem Wesen nach ist die Mahnung ein Rechtsgeschäft, nicht bloße Vorstellungsmitteilung (85 ff.). Als „vernehmungsfähige" Willenserklärung ist die Formfreiheit keine absolute. Mahnung in fremder, selbst lebender Sprache ist nur bei voraussetzbarer Kenntnis derselben durch den Schuldner von Wirkung. Öffentliche Mahnung, etwa durch Zeitungsinserate, ist — von Vereinbarung abgesehen — im Zweifel unwirksam. Mahnung durch die Blume bzw. in zu vagen Ausdrücken ist keine Mahnung und mangelt der erforderlichen Bestimmtheit, während eine in barscher Form abgegebene Mahnung sehr wohl in casu wirksam ist. (A. M. Kniep.) Über Mahnung durch Rechnungszustellung s. 98 ff. Mahnungsort (101 ff.) kann grundsätzlich ein jeder, ohne Beschränkung auf den Klag- oder Leistungsort sein, nur ist in der Opportunität, dem loco opportuno weniger, wie bisher, das „Passende", „Schickliche" oder „Anständige", als lediglich das Angemessene, Zweckmäßige zu erblicken. Die gesetzliche Beschränkung der Mahnungszeit auf die Fälligkeit ist teils überflüssig, teils unbillig: über die rechtliche Möglichkeit einer vorzeitigen, aber auf die Fälligkeit abgestellten Mahnung s. 105 ff., 120 ff.

Der Mahnungsinhalt s. § 80 (108 ff.). Inhaltlich ist lediglich die Bestimmtheit des gläuberischen Befriedigungswillens erforderlich; eine gegenständliche Spezifikation nur bei Forderungsmehrheit, von offenbarer Mahnungshäufung uno actu abgesehen. Hier, bei der Kollektivmahnung liegt formell Mahnungs-

einheit, materiell eine Vielheit in ihrer Wirkung selbständiger Interpellationen vor. Eine wiederholte Mahnung ist begrifflich ein Nonsens: entweder war die erste wirksam und die zweite überflüssig, oder die erste war als plus petitio unwirksam, so ist die zweite keine Wiederholung der ersten, vielmehr die alleinige, zu Recht bestehende. Wie die aliud- ist auch die plus-petitio Tatfrage (110 f.). Ähnlich bei Wahlschulden; hier annulliert das schuldnerische Bestimmungsrecht im Zweifel nicht die von dem Gläubiger einseitig auf eine der mehreren in obligatione befindlichen Leistungsobjekte abgestellte Mahnung. Auch die Gültigkeit der minus petitio ist quaestio facti (115 ff.). Zahlt hier der Schuldner bona fide das minus, so erheischt die Verzugshaftung für den Restbetrag eine erneute Mahnung mit ex nunc- Wirkung, nicht aber weil „eine Zurücknahme der ganzen Mahnung" zu unterstellen (Kniep), als lediglich infolge des guten Glaubens.

Bezüglich der Personen der Mahnung (125 ff.) vgl. die Noten zu den §§ 31, 104, 107, 131 Abs. 2, 174, 180, 410, 425.

Die rechtliche Begründung des Satzes dies interpellat 157 ff. Mahnung und dies sind konstruktiv zu trennende Figuren, deren Wirkungen nur äußerlich allein aus innerlich verschiedenen Rechtsgründen kongruieren. Das gesetzliche Erfordernis der „nach dem Kalender" zu erfolgenden Bestimmung (bzw. Bestimmbarkeit) ist eine bisweilen zu enge Begrenzung (161 ff.).

b) Die Mahnung ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern, gleich allen Aufforderungen, eine unmaßgebliche Willensäußerung. Gegenüber der herrschenden Ansicht begründet dies Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 192—193.

c) OLG. Stuttgart, R. **03** 209: Die Mahnung braucht nicht mit ausdrücklichen Worten zu erfolgen und kann mit der Bestimmung einer Nachfrist verbunden werden. Auch wird sie dadurch, daß sie auf mehr als die geschuldete Leistung geht, nicht unwirksam, sofern einerseits ausgeschlossen erscheint, daß der Gläubiger nur die ganze gemahnte und nicht auch die in Wirklichkeit ihm zukommende Menge annehmen zu wollen erklärt hat, andererseits der Schuldner die Leistung nicht gerade wegen der Zuvielforderung, sondern überhaupt auf den betr. Zeitpunkt verweigern wollte.

d) Die Ansicht, daß der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters wirksam mahnen könne, ist unrichtig. Sie verkennt das Wesen der Mahnung und die Aufgaben der gesetzlichen Vertretung. Breit, Geschäftsfähigkeit 197.

Ebenso Rudert, SächsA. **13** 414, gegen Paech, Leistungsverzug 52.

e) Auch die von Paech, 59 ff., aufgestellte Ansicht, daß eine Mahnung, die die Vornahme der Leistung zu einem späteren Zeitpunkte fordert, ungültig sei, mißbilligt Rudert a. a. O. Der Gläubiger wolle nicht mit der mit der Mahnung verbundenen Fristsetzung die Fälligkeit der Schuld hinausschieben, sondern dem Schuldner nur die zur Vornahme der Erfüllungshandlung nötige Zeit lassen.

f) Boethke, Gruchots Beitr. **47** 160 — ebenso Hirsch, JLBl. **15** 60 — wendet sich gegen Paech, Leistungsverzug 34, nach dem der Schuldner die Leistung bis zur Mahnung durch den Gläubiger soll zurückhalten können, die Mahnung also trotz eingetretener Fälligkeit erst die Leistungszeit, das Leistensollen herbeiführen soll. Hiermit stehe der § 284 Abs. 2 in Widerspruch; daß der Gläubiger die fällige Forderung ohne Mahnung einklagen dürfe, ergebe zweifelfrei der § 284 Abs. 1 Satz 2; eine Einrede, daß die Klage trotz der Fälligkeit der Forderung verfrüht sei, weil die Leistung noch nicht eingefordert sei, gebe es also nicht, und der Schuldner entgehe den Kosten des Prozesses dadurch nicht, daß er nach Empfang der Klage sofort leiste; durch das Nichtleisten nach eingetretener Fälligkeit habe er Veranlassung zur Klage gegeben. — Anders

bei den Verzugsfolgen der §§ 286 ff. Sie treten nur ein, wenn zur Fälligkeit die Mahnung und ein Verschulden des Schuldners hinzukommen.

Dagegen ist, wenn der Eintritt der Großjährigkeit eines Menschen als Fälligkeitstermin bestimmt ist, — gegen Paech 79 — anzunehmen, daß eine Mahnung erforderlich ist, um den Verzug herbeizuführen.

g) Schneider 215 ff.: Die Rechtsregel der §§ 284, 288, wonach mit der Mahnung und der Fälligkeit der Verzug und die Zinspflicht beginnen soll, kann dadurch nicht privatwillkürlich abgeändert werden, daß die „Fälligkeit" hinter die Rechtskraft des auf Leistung gehenden Urteils verlegt wird. Anderenfalls geräte man in den Zirkel, daß eine Verurteilung zur Leistung mangels Fälligkeit überhaupt gesetzlich unzulässig wäre. Vgl. hierzu den § 11 der „Allgemeinen Versicherungsbedingungen der deutschen Feuerversicherungsanstalten", s. bei Schneider 296 Anm.

7. Fortfall des Interesses, Untergang des Schuldverhältnisses.

Krückmann vertritt für das gemeine Recht den Satz, daß der Schuldner die Erfüllung verweigern könne, solange er ein berechtigtes Interesse an der Nichterfüllung habe (97); er ist nach ihm auch im BGB. enthalten (101).

Er wirft (102 ff.) die Frage auf, wie lange die Parteien an das Rechtsverhältnis gebunden sein sollen. Es kommt auf das einzelne Rechtsverhältnis an. Praktisch ist folgender Fall: für den Schuldner tritt das Hindernis der Erfüllung ein; beide Parteien übergehen es mit Stillschweigen; nach einiger oder längerer Zeit fällt es fort. Der Gläubiger fordert plötzlich; der Schuldner kann nicht leisten, weil ihn in der Zwischenzeit getroffene Verfügungen hindern. Gerät er in Verzug?

Der Schuldner oder der Schuldnergläubiger hat eine echte peremptorische Einrede. Das in etwaigen Ersatzansprüchen Dritter liegende Hindernis ist grundsätzlich ein ewiges; der Schuldner ist befugt, mit ihm zu rechnen. Der Gläubiger muß sorgen, daß ihm seine Forderung nicht verloren gehe und der Schuldner nie auf etwaige Ansprüche Dritter Rücksicht zu nehmen habe.

Jedoch kann bei dieser peremptorischen Einrede auf beiden Seiten gegen Treu und Glauben verstoßen werden: vom Gläubiger, wenn er den Schuldner nach plötzlichem Wegfalle des Hindernisses durch unvorhersehbaren Zufall zu einer Leistung zwingen will, auf die er nicht mehr eingerichtet sein kann, — vom Schuldner, wenn er, sobald er erfährt, daß er sich durch seine Leistung einem Dritten haftbar machen kann, erklärt, er betrachte sich als sofort und für immer befreit. Auch darf die Einrede des Schuldners nicht weiter reichen als sein Interesse; er darf nur verlangen, daß ihm seine Leistung nicht beschwerlicher und gefährlicher werde, als er bei Übernahme der Leistungspflicht annehmen durfte. Sein Wunsch, befreit zu sein, ist nur für die Fälle richtig, in denen der Gläubiger niemals in die Lage kommen kann, dem Schuldner bei seiner Leistung Sicherheit von Ansprüchen Dritter zu schaffen. Dies ist aber ein seltener Ausnahmefall.

Dem Schuldner ist also eine angemessene Wartefrist aufzulegen, binnen derer der Gläubiger bzw. der Gläubigerschuldner das Hindernis zu beseitigen hat. Angemessen ist nur die Frist, durch die das Interesse des Schuldners oder des Schuldnergläubigers nicht verletzt wird. Sie bestimmt sich danach, ob dem Schuldner oder Schuldnergläubiger ferneres Warten zugemutet werden kann. Der Schuldner muß von seinem Bedenken dem Gläubiger Anzeige machen, weil der Gläubiger Stellung nehmen muß. Die Frist beginnt deshalb regelmäßig erst mit der Benachrichtigung durch den Schuldner, und eine Versäumung der Anzeige macht ihn schadensersatzpflichtig.

Diese Anzeigepflicht ist im BGB. verwertet, z. B. in den §§ 665, 692, 374 Abs. 2, 681, 478, 485, 545, 1042, 650 u. a. m.

Ferner: angemessene Fristen zur Beseitigung von Mängeln in den §§ 250, 264 Abs. 2, 283, 326, 354, 355 usw., — insbes. §§ 542, 634.

Am meisten beweisend ist die Analogie von § 643. Unzweifelhaft verwirklicht das BGB. durchaus das Streben, die Partei von einer rigorosen Ausübung ihrer Rechte abzuhalten. — Anhaltspunkte gewähren ferner die §§ 264, 354, 355 (108).

Handelt es sich in den zitierten Paragraphen immer nur um das Hauptrecht des Gläubigers oder auch das Gegenrecht des Schuldners, so gilt Analoges auch für Einreden, insbesondere die Einrede aus eigenem entgegenstehenden Interesse des Schuldners, die mit anderen Einreden nicht in denselben Topf zu werfen ist. Das Interesse des Schuldners setzt ihr Maß und Ziel, die widerstreitenden Rechte von Gläubiger und Schuldner sind noch nicht wie bei anderen starr und unabänderlich abgegrenzt. Man kann sie als eine dilatorische Einrede auffassen, die nach Ablauf der angemessenen Frist in eine peremptorische umschlägt (109).

Bei Verspätung oder Unterlassung der Anzeige macht sich der Schuldner schadensersatzpflichtig. Unter Umständen treten die Sonderfolgen des Schuldnerverzugs ein. Seine Einrede verliert er aber nicht (110).

Wie weit geht der Begriff des berechtigten Interesses? Jede drohende und ohne Verschulden des Schuldners unvorhergesehene Verletzung eines vom objektiven Rechte anerkannten Rechtsguts gibt dem Schuldner die Einrede aus entgegenstehendem eigenem Interesse. Sie reicht mindestens soweit, wie die Tragweite von § 823 (111; dort auch Beispiele).

Konkrete Sondervorschriften: §§ 626, 627, 671, 695. Als „wichtiger Grund" ist es immer anzusehen, wenn der Schuldner Gefahr läuft, sich durch Erfüllung seiner Verpflichtung Dritten haftbar zu machen oder ein eigenes Rechtsgut in unvorhersehbarer Weise zu schädigen. Auch in diesen Fällen wird der Schuldner anzeigen und eine angemessene Wartefrist geben müssen (113); dies entfällt, wo Anzeigepflicht und Wartefrist zwecklos, was sehr oft der Fall sein wird (114). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn Gefährdung besteht und es sicher ist, daß sie nicht beseitigt werden kann (Anm. 13.)

Über den § 618 a. a. O. 114.

Einen Parallelismus zu der oben bezeichneten Einrede enthält die clausula rebus sic stantibus der §§ 321, 610 (114 ff.).

Über andere, mit der Einrede nicht verwandte Einreden s. a. a. O. 116 f.

Nach alledem muß die Frage, ob nach BGB. mit dem Fortfalle des Interesses auch die Obligation untergehe, verneint werden (117).

8. Aus der Rechtsprechung.

a) Kündigung.

α. **RG.** IW. 03 Beil. 23: Ist durch Unpünktlichkeit in der Zinszahlung das auf längere Zeit unkündbar hingegebene Kapital kündbar geworden, so wird die Kündbarkeit nicht durch nachträgliche Zinszahlung und Annahme der Zinsen beeinträchtigt. Der Gläubiger braucht sein Kündigungsrecht nicht vorzubehalten.

β. **RG.** IW. 03 Beil. 138 — s. auch zu γ —: Die Klage kann als Kündigung wirksam werden, wenn im übrigen die Voraussetzungen, unter denen wirksam gekündigt werden konnte, vorliegen; sie kann aber nicht eine unwirksame Kündigung wirksam machen.

γ. **RG.** a. a. O. zu β: Ist in einem Vertrage dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt, die Hypothek wegen nicht pünktlicher Zinszahlung zu kündigen, so gibt ihm erst die nicht pünktliche Zinszahlung das Recht, die Kündigung auszusprechen.

Diese Befugnis kann er nicht dadurch präokkupieren, daß er sie schon im voraus für den Fall, daß in Zukunft einmal eine Zinsrate nicht pünktlich bezahlt werden sollte, erklärt.

b) Abnahmeverweigerung beim Kaufe.

α. **RG. 53** 11, JW. **03** Beil. 7: Zur Herbeiführung des Zahlungsverzugs beim Kaufe ist Angebot der Ware dann nicht erforderlich, wenn der Käufer von vornherein durch Bestreiten des Vertragsschlusses oder sonst zu erkennen gegeben hat, daß er die Ware ablehne und den Verkäufer von deren Angebot entbinde.

β. **RG. 53** 161 ff., JW. **03** Beil. 23: Verzug und Erfüllung der Abnahmeverpflichtung, auf die selbständig geklagt werden kann, ist Verzug mit der körperlichen Wegnahme der Kaufsache; sie muß also hierzu bereit stehen, sei es unmittelbar in Händen des Verkäufers, sei es mittelbar in Händen eines Dritten, der sie zur Verfügung des Käufers bereit hält.

c) Maßgebendes Recht bei Verschiedenheit der Rechtsgebiete.

RG. 51 218, SeuffA. **58** 49, Böhms Z. **13** 422 ff.: In Fällen, wo die beiden Vertragsteile in verschiedenen Rechtsgebieten ihre Handelsniederlassung haben, ist die Erfüllungspflicht eines jeden nach seinem Rechte zu beurteilen, so auch die Frage, ob Erfüllungsverzug vorliegt. Die rechtlichen Folgen eines dem Käufer zur Last fallenden Verzugs ergeben sich nicht ausschließlich aus dem Rechte des Erfüllungsorts. Es ist zu unterscheiden zwischen den Wirkungen, die der Verzug des Käufers für dessen Leistungspflicht hat, und der Rückwirkung des Verzugs auf die Leistungspflicht des Verkäufers. Nach dem Rechte des Käufers ist zu entscheiden, inwiefern dessen Leistungspflicht sich durch den Verzug ändert oder erweitert, ob er zu Schadensersatz, zur Zinszahlung und dergleichen verpflichtet ist. Aber für die Abmessung der Verpflichtungen des ausländischen Verkäufers bleibt nach wie vor das ausländische Recht maßgebend; nach ihm ist die Frage zu beantworten, inwiefern dessen Erfüllungspflicht durch den Verzug des Käufers eingeschränkt oder erloschen ist.

§ 286. 1. Wendt, 128 ff., macht darauf aufmerksam, daß höchst selten der Gläubiger infolge des Verzugs einen wirklichen Schaden erleidet.

2. OLG. Breslau, R. **03** 400 Nr. 2131: Ein Schaden ohne Vorliegen des Leistungsverzugs ist nach § 286 zu ersetzen.

3. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 84: Bei verschuldeter mangelhafter Arbeitsleistung des Arbeiters steht dem Arbeitgeber neben der gegen die Forderung auf Lohn für diese Arbeitsleistung sich richtenden Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags ein selbständiger Schadensersatzanspruch zu, der sich kraft zwingender Analogie aus § 286 ergibt (vgl. außer Staub, Dernburg und Crome jetzt auch **RG. 52** 118, **54** 98; a. M. jetzt auch Kipp, DJZ. **03** 255, der sich dem von Schöller, Gruchots Beitr. **46** 25 ff. vertretenen Standpunkte nähert.)

4. LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 346 — s. auch oben zu § 254 Note 12e —: Der im Verzuge befindliche Schuldner ist verpflichtet, allen mit dem Verzug im Kausalzusammenhange stehenden Schaden zu ersetzen; hierunter fallen auch die Kosten der Bestellung eines Anwalts und für dessen Tätigkeit (Mahnschreiben).

Ebenso das LG. Halle, BadRpr. **03** 53—54. S. auch die dortigen Nachweise: BadRpr. **01** 77, 271, 314, 342; **02** 107; KGBl. **90** 43, 45; **93** 28; **97** 92; Dernburg, Schuldverhältnisse 172 II, 9.

In gleichem Sinne LG. Breslau, BreslAKZ. **16** 62, wo § 254 ausdrücklich verneint wird. — Vgl. auch JDR. **1** zu § 286 Note 3.

5. Ueber das maßgebende Recht bei örtlicher Verschiedenheit der Handelsniederlassungen der Parteien s. oben zu § 284 Note 7c.

§ 287. 1. Ueber den Grund der Kasushaftung des im Verzuge befindlichen Schuldners (Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens) vgl. Neumann, § 12 und oben zu § 276.

Der Zufall, der die Leistung wegen des Verzugs unmöglich gemacht hat, braucht nicht ebenderselbe zu sein wie derjenige, welcher die geschuldete Leistung auch im Falle rechtzeitiger Erfüllung bei dem Gläubiger getroffen haben würde. Leske, BGB. 140 Anm. 2.

§ 291. Der Prozeßzinsenanspruch ist bei Ansprüchen mit beschränkter Haftung gleichfalls beschränkt. Siber 225 ff.

Zweiter Titel.
Verzug des Gläubigers.

§ 293. 1. de Claparède, 25 ff.: Schuldner- und Gläubigerverzug sind in ihrer rechtlichen Grundlage, Voraussetzungen, sowie in ihren Wirkungen keineswegs Ausflüsse eines gemeinsamen Rechtsgedankens: dort eine — jene grundsätzliche Haftung (s. o. zu § 284) involvierende — Pflichtverletzung, hier lediglich die Nichtausübung eines Rechtes. Dort eine direkte, positive gesteigerte Haftung des morosen, hier nur negative (Haftungsminderung des Gegners), indirekt wirkende Folgen. Innerlich verschieden, sind sie mithin weder „parallele Erscheinungen" eines gemeinsamen Gattungsbegriffs, noch „Unterarten ein und desselben Instituts", vielmehr zwei selbständige, auch äußerlich zu trennende Rechtsfiguren. Dem Gläubigerverzuge wäre daher nicht bloß, — wie geschehen, — eine besondere Ueberschrift, sondern wohl besser auch ein besonderer Platz, etwa im 3. Abschnitt (Erlöschen der Schuldverhältnisse), z. B. zwischen dem 1. Titel (Erfüllung) und dem 2. Titel (Hinterlegung), schon aus systematischen Gründen zu gönnen gewesen.

Sprachlich ist der Ausdruck „Erfüllungsverzug" zu meiden, auch die mora creditoris ist im weiteren Sinne ein solcher, und nach römischem Vorbild empfehlenswert, von einem „Schuldner-" oder „Leistungsverzug" gegenüber dem „Gläubiger-" oder „Annahmeverzug" zu reden.

2. Langheineken, 108: Bei den „verhaltenen" Ansprüchen (s. o. zu § 284 Note 2) kann der Schuldner den Gläubiger nicht in Annahmeverzug versetzen.

Bei der aktiven Alternativ-Ermächtigung kommt, da der primäre Anspruch kein verhaltener ist, der Gläubiger durch Nichtannahme der primären Leistung in Annahmeverzug, im Gegensatze zur Wahlschuld (s. o. zu § 262 Note 2), und der Schuldner kann in Leistungsverzug geraten, noch ehe der Gläubiger sich entschieden hat.

3. Ueber Unmöglichkeit und Annahmeverzug vgl. die Bemerkungen von Kisch, a. a. O. 513 ff. Mit Titze nimmt er an, daß der Annahmeverzug undenkbar sei, wenn die Leistung aus Gründen in der Person des Gläubigers absolut und zufällig unmöglich sei. Doch bilden die Begriffe nicht schlechthin und in allen Fällen einen völlig unvereinbaren Gegensatz. Läßt z. B. der Gläubiger das vom Schuldner abzuziehende Faß Wein fahrlässig auslaufen, so liegt für den bestellten Küfer eine Unmöglichkeit der Erfüllung vor, trotzdem kann der Gläubiger in Verzug gesetzt werden. Ebenso, wenn z. B. das abzuziehende Faß von dem Erben des Eigentümers in entschuldbarer Unkenntnis des dem Küfer gegebenen Auftrags an einen Dritten verkauft wird.

4. Dem Gerichtsvollzieher wird mit dem Auftrag, einen Wechsel zu protestieren, nach dem Willen des Wechselgläubigers ohne weiteres auch die Ermächtigung im Sinne des § 95 Nr. 7 Geschäftsanweisung f. Gerichtsvollzieher

erteilt, eine ihm angebotene Wechselzahlung mit den Schuldner befreiender Wirkung anzunehmen.

Durch die Weigerung des Gerichtsvollziehers, eine Zahlung anzunehmen, wird ein Annahmeverzug des Gläubigers begründet. Plum, DJZ. **03** 124, 125. A. M. OLG. Köln in der von Plum das. mitgeteilten Entscheidung.

5. OLG. Breslau, R. **03** 526 Nr. 2637: Ein mit dem Vorbehalte der späteren Zurückforderung belastetes Lieferungsanerbieten braucht nicht berücksichtigt zu werden.

6. **RG.** Seuff. A. **58** 307, JW. **03** Beil. 85: Auch die Voraussetzungen und Folgen eines erst nach dem 1. 1. 00 eingetretenen Annahmeverzugs regeln sich nach den Gesetzen, unter denen das ganze Schuldverhältnis steht, da auch er für die weitere Entwickelung, für den Inhalt des Schuldverhältnisses von Einfluß ist.

§ 295. 1. OLG. Posen, Seuff. A. **58** 433ff.: Zu den Fällen, in denen zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, gehören die Schuldverhältnisse mit Wahlrecht des Gläubigers; denn da der Schuldner nur die eine oder die andere Leistung zu bewirken hat, ist zur Ermöglichung der Leistung die vorherige Wahl des Gläubigers erforderlich.

2. Das wörtliche Angebot der Leistung durch den Schuldner ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine unmaßgebliche Willensäußerung. So Eltzbacher gegen Planck, 178/179.

3. Das wörtliche Angebot eines Dritten setzt den Gläubiger nicht in Verzug (Prot. II 661). Leske 141 Anm. 5.

§ 297. **RG.** JW. **03** Beil. 79 Nr. 180: Der Schuldner muß bei einem Sukzessivlieferungsvertrage zu den Zeiten, in welchen er die einzelnen Teillieferungen zu bewirken hat, imstande sein, die in diesen Zeiten vom Gläubiger abzurufenden Mengen zu liefern, wenn der Gläubiger bezüglich dieser Teillieferungen in Verzug kommen sollte.

§ 298. OLG. Hamburg, Seuff. A. **58** 308, lehnt die Auffassung ab, wonach der Käufer bei einem Kredit- und Lieferungsgeschäft, in dessen Person die Voraussetzungen des § 321 eintreten, durch Angebot der ganzen Leistung gegen Zug-um-Zugleistung oder Sicherheitsleistung in Annahme- und Abnahmeverzug gebracht werden könne, wenn er zwar die angebotene Lieferung anzunehmen bereit war, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbot. Der § 321 gewähre diese Möglichkeit der Umwandlung eines Kreditkaufs in ein wesentlich andersartiges Geschäft nicht. S. im übrigen unten zu § 321.

§ 299. Über einen Fall zu den §§ 274, 285, 299 s. **RG.** JW. **03** Beil. 114.

§ 300. Über einen Fall betr. den § 300 s. **RG.** JW. **03** Beil. 6.

§ 301. OLG. **6** 230 (KG.): § 301 steht im Gegensatze zu ALR. I. 16 § 229, wonach im Falle des Annahmeverzugs der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung vorbedungener Zinsen nur durch Hinterlegung frei wird.

Zweiter Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Vorbemerkung: An der Spitze dieses Abschnitts finden sich zwei Arbeiten, von Schloßmann und von Stintzing, die in bemerkenswerter Weise dem alteingewurzelten Begriffe des Vorvertrags den Krieg erklären. Handelt es sich auch nur um theoretische Erörterungen, so ist doch nicht zu leugnen, daß ihre Ergebnisse, namentlich auf dem Gebiete der Realkontrakte, zu praktisch wichtigen Folgerungen führen können. Eine ähnlich für das ganze Gebiet der Schuldverhältnisse wichtige Erscheinung ist das Buch von Titze über die Unmöglichkeit der Leistung; es ist zwar schon im ersten Jahrgange berücksichtigt worden,

seine Bedeutung ließ es aber angemessen erscheinen, das Buch gerade mit Bezug auf diesen Abschnitt noch einmal näher anzusehen, zumal ihm von Kisch im letzten Jahrgange der Kritischen Vierteljahrsschrift eine ausführliche Besprechung zuteil wurde, die hier, wie bei einer Rezension natürlich, insbesondere in den Punkten berücksichtigt ist, in denen Kisch eine abweichende Meinung vertritt. Das Buch von Titze ist bei den verschiedensten Paragraphen berücksichtigt worden, besonders aber bei §§ 306 ff. Die grundsätzliche Frage, ob im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse ein solcher aus unerlaubter Handlung ist, wird auch von Titze in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht verneint; ebenso von Brock, dessen Schrift über das negative Vertragsinteresse auch noch aus dem Vorjahre stammt.

Am eingehendsten sind auch in diesem Jahre wieder die praktisch wichtigsten §§ 313 und 326 von Literatur und Rechtsprechung behandelt worden. Die Zweckmäßigkeit der Formvorschrift des § 313 dürfte jetzt doch überwiegend anerkannt sein, wenn auch noch immer legislatorische Vorschläge gemacht werden, so insbesondere von Pitel, der den ländlichen Übergabevertrag von der Formvorschrift ausnehmen, andererseits aber durch Ergänzungsvorschriften eine Umgehung der Form verhindern will. Dem letzteren Übelstande sucht das RG. auf dem Wege einer sinnentsprechenden Auslegung des § 313, namentlich hinsichtlich der Vorverträge und der Bevollmächtigung zum Grundstücksveräußerungsvertrage, entgegenzutreten, wobei es von der Theorie wirksam unterstützt wird; hervorzuheben ist, daß das RG. dabei die Grenze, wo die Form aufhört, nicht verkennt und so insbesondere der im vorigen Jahrgange mitgeteilten Ansicht der Theorie, daß die Abtretung der Rechte aus einem Grundstücksveräußerungsvertrage nicht der Form unterliegt, beipflichtet. Auch in der Frage des Umfanges der Heilung nach § 313 Abs. 2 zeigt sich nach wie vor das Bestreben der Rechtsprechung, die Formvorschrift nicht allzulax zu handhaben.

Zu § 326 ist besonders bemerkenswert, daß in der grundlegenden Frage, ob auch positive Vertragsverletzungen die Anwendung des § 326 rechtfertigen, das RG. der bejahenden Ansicht Staubs beigetreten ist. Ebenso schließt sich das RG. darin an Staub an, daß es die Abnahmepflicht des Käufers nur als eine Nebenpflicht ansieht, deren Verzögerung nicht zum Leistungsverzuge mit den Folgen des § 326 führt. Der von Sänger behandelte Verzug beim Kaufe ist zweckmäßig bei der Lehre vom Verzug im § 326, nicht beim Kaufe berücksichtigt worden. Die wichtige Frage, ob bei vorgängiger Erfüllungsweigerung die Fristbestimmung notwendig ist, wird von ihm verneint. Im übrigen hat sich die Literatur mit dieser Frage in erwähnenswerter Weise nicht mehr beschäftigt; dagegen ist das RG. bei seiner die Frage gleichfalls verneinenden Entscheidung stehen geblieben, und die OLG. Colmar und Dresden sind ihm gefolgt, während das OLG. Breslau jetzt einen mehr vermittelnden Standpunkt einnimmt. Über die Folgen einer zu kurz bemessenen Nachfrist gehen die Meinungen auch wieder auseinander, während ein Spruch des RG. noch nicht vorliegt.

Über die Frage nach der Widerruflichkeit der einmal abgegebenen Wahlerklärung, die Titze und Kipp gegen Kisch bejahend beantworten, wird bereits zu § 325 berichtet. Überhaupt ist die bei § 326 berücksichtigte Literatur auch vielfach für § 325 zu verwenden, namentlich in den Fällen, in denen die Grenzen zwischen Leistungsverzug und Leistungsunmöglichkeit behandelt werden, wie von Sigel beim gewerblichen Arbeitsvertrage. Der gewerbliche Arbeitsvertrag hat auch sonst wiederholt unter der Literatur seinen Platz gefunden, so zu §§ 306, 337 und insbesondere bei der Lehre von der Vertragsstrafe zu §§ 339 ff., 342, 343, 344.

Erster Titel.

Begründung. Inhalt des Vertrags.

§§ 305 ff. 1. Vorverträge. S. auch o. zu §§ 241 ff. Note 3.

I. Schloßmann, Iherings J. 45 1 ff.: a) Vorverträge sind zwecklos und dem wirklichen Leben fremd. Selbst in dem kaum vorkommenden Falle, daß die

Absicht der Parteien wirklich dahin gegangen sein sollte, nicht sofort einen bindenden Kaufvertrag usw., sondern einen beide Teile einander zum Abschlusse des Kaufvertrags verpflichtenden Vertrag zu schließen, würde der geschlossene Vertrag trotzdem als Kaufvertrag — nicht auszulegen, sondern — zu behandeln sein, da sich die Gerichte nicht doppelt zu behelligen brauchen lassen. Ebenso ist der sog. einseitige Vorvertrag den Grundsätzen von dem Vertrage, dessen Abschluß von dem einen Teile zugesagt wurde, zu unterwerfen. Praktische Beispiele für Vorverträge finden sich weder in Literatur noch Rechtsprechung.

Eine Reihe von Verträgen sind nicht „Vorverträge" zu demnächst abzuschließenden „Hauptverträgen", sondern Verträge mit einem relativ bestimmten Inhalte, die nicht den Abschluß eines weiteren obligatorischen Vertrags in Aussicht nehmen, sondern nur eine Spezialisierung der in dem Vertrage bedungenen Leistung durch den einen oder anderen Kontrahenten, in manchen Fällen unter Mitwirkung des anderen, erfordern (1—19).

b) Vermächtnisse zur Begründung einer Verpflichtung zum Abschluß eines Konsensualkontrakts für den Erben gegenüber dem Bedachten sind weder durch irgendein Bedürfnis erfordert noch im Leben anzutreffen, auch nicht im römischen Recht (19—35).

c) Auch Vorverträge zu Realkontrakten kommen nicht vor. Denn im römischen Rechte ist der Realkontrakt nichts anderes als ein von der ersten Phase der Realisierung gefolgter Konsensualkontrakt; der Vorvertrag zu ihm würde daher einen Konsensualvertrag darstellen, in dem jemand den Abschluß eines anderen, zur Erfüllung als ersten Schritt die Hingabe einer Sache fordernden Konsensualkontrakts und zugleich die Hingabe dieser Sache, also dasselbe, was in diesem zweiten Konsensualkontrakte versprochen wird, zum zweiten Male zusagte. Der sog. Vorvertrag ist vielmehr mit dem in jedem „Realkontrakt" enthaltenen Konsensualvertrag identisch; er ist der Konsensualvertrag ohne das diesem entsprechende reale Moment und deshalb nach römischem Rechte unverbindlich. Aber auch im heutigen Rechte ist die bloße Zusage bei unentgeltlichem Darlehen, Leihe, unentgeltlicher Verwahrung unverbindlich, da auch heute noch dieselben materiellen ihrer Natur entnommenen Gründe gegen ihre Klagbarkeit sprechen, wie bei den Römern, während nichts im Wege steht, die Zusage eines entgeltlichen Darlehens, die Verwahrung gegen Entgelt und die Bestellung eines Faustpfandes im heutigen Rechte als klagbar anzuerkennen; in diesen klagbaren Fällen ist der im römischen Rechte als „Realkontrakt" geltende Vertrag im BGB. zum Konsensualkontrakte gestempelt worden, und ein besonderer Vorvertrag nicht anzunehmen (36—88).

d) Das pactum de cambiando ist gleichfalls kein Vorvertrag; es geht nicht auf Abschluß eines Vertrags, sondern immer nur auf ein Handeln oder auf ein Geben oder auf Handeln und Geben zugleich; Trassieren, Akzeptieren, Indossieren sind keine Vertragserklärungen, sondern Handlungen zum Zwecke der Herstellung oder der Mitwirkung zur Herstellung einer Sache (95, 96).

II. Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse, 1. Heft. Literatur über Vorvertrag 3 Anm. 3.

a) Der sog. Vorvertrag ist überhaupt kein Vertrag sui generis. Es gibt keinen spezifischen Vorvertrag, sondern nur Vorverpflichtungen. Solche entstehen nicht nur durch Vertrag, eine Vorverpflichtung ist z. B. die Verpflichtung zur Wandelung, die Verpflichtung des Überbauenden zum Ankaufe (§ 915). Die Vorverpflichtung begründet eine Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft, die auf Verlangen des Gläubigers zu einer Leistungspflicht wird. Da die Leistungsbereitschaft den Verpflichteten nicht anders bindet, als einen schlechthin Verpflichteten, so ist der sog. zweiseitige Vorvertrag, d. i. ein Vertrag, bei dem sich Vorver-

pflichtungen, in denselben sog. Hauptvertrag einzutreten, gegenüberstehen, nichts weiter als ein perfekter Hauptvertrag. Durch die Vorverpflichtung zu einem sog. Realkontrakte büßt dieser seine Natur ein.

Die Bereitschaft findet in der vom Berechtigten kraft des Hauptvertrags zu machenden Gegenleistung keinen Entgelt, sondern, wenn die Gegenleistung um deswegen erhöht sein sollte, so wäre dies nur eine Prämie, kein Entgelt.

b) Ein ausdrücklicher Abschluß des Hauptvertrags durch eine Willenserklärung des Verpflichteten ist überflüssig, da der Schuldner die entscheidende Verpflichtungserklärung schon abgegeben hat, indem er die Vorverpflichtung übernommen hat. „Ich verpflichte mich, mich verpflichten zu wollen, wenn du es verlangst", bedeutet nach Treu und Glauben: „Ich bin verpflichtet zu leisten, sobald du es verlangst." Die Bereitschaftspflicht verwandelt sich durch die Erklärung des Gläubigers in eine Erfüllungspflicht. Bei der Vorverpflichtung zu Verträgen, die zu einer Gegenleistung verpflichten, gibt der Gläubiger die ihn verpflichtende Erklärung nicht erst mit der Eintrittserklärung ab, sondern schon dadurch, daß er die Vorverpflichtung seinerzeit angenommen hat.

c) Die Vorverpflichtung als solche verjährt nicht, wohl aber die sich aus der Verletzung der Bereitschaftspflicht ergebenden Ansprüche.

d) Die Vorverpflichtung bedarf der für die Hauptverpflichtung erforderlichen Form, da beide Verpflichtungen nur Stadien ein und desselben Schuldverhältnisses sind.

2. Aus der Rechtsprechung.

RG. 52 365 ff.: Wenn ein Rechtsanwalt, zu dessen Berufsgeschäften es gehört, anderen in gewissen Geschäften beratend zur Seite zu stehen, erfahren hat, daß ein anderer in einer solchen Angelegenheit einer zuverlässigen Auskunft bedarf, und diesem dann in einem an denselben gerichteten Schreiben eine Auskunft über den fraglichen Punkt gibt, so schließt er dadurch einen Vertrag mit dem Auskunft Begehrenden ab, auch wenn er die Auskunft im Interesse eines anderen zu ihm in einem Auftragsverhältnisse Stehenden abgibt, und haftet bei fahrlässiger falscher Auskunfterteilung nach § 276 Abs. 1 bzw. § 676 Abs. 1 für den dem Auskunftbegehrenden zugefügten Schaden.

RG. DJZ. **03** 404: Zu den privatrechtlichen Verträgen gehören auch Verträge zwischen einer Stadtgemeinde und Straßenanliegern auf Grund des preußischen Fluchtliniengesetzes vom 2. 7. 75. Ebenso nach **RG. 53** 187, DJZ. **03** 127 Verträge mit der Stadtgemeinde, die eine Schankkonzession beschränken.

§ 306. 1. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht 1900, will die §§ 306—308, die ihrem Wortlaute nach nur für Vertragsobligationen gelten, analog auf die einseitigen Verpflichtungsakte, wie Auslobung und Schuldverschreibungen aus Inhaberpapieren, ausdehnen (211). De lege ferenda spricht er sich gegen die Unterscheidung von ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit aus (237 ff.). Dagegen Kisch, KrVSchr. **44** 543 ff., der zwar zugibt, daß die Grenzziehung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit im Einzelfalle mit Schwierigkeiten verknüpft sein kann, aber doch meint, daß es logisch und faktisch etwas durchaus Verschiedenes sei, wenn von vornherein schon beim Vertragsschluß oder erst infolge später eintretender Umstände die Erfüllung ausgeschlossen erscheint.

2. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 51 f.: Kann der Arbeiter wegen zur Zeit des Vertragsschlusses im Betriebe des Arbeitgebers eingetretener Ereignisse die Arbeit, zu deren Leistung er angenommen war, nicht leisten (die Maschine war z. B. abgebrannt, der zu entlöschende Dampfer untergegangen), so ist Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nur dann anzunehmen, wenn der Wille der Parteien erkennbar dahin ging, daß der Arbeiter nur diese Arbeit leisten sollte.

3. **RG. 52** 417, JW. **03** 6: Das Versprechen der Lieferung von Aktien einer Aktiengesellschaft, die keine Aktienurkunden hat herstellen lassen, ist als Versprechen einer unmöglichen Leistung anzusehen.

§ 307. 1. Neumann, Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts 134 ff., bemerkt über Grund und Art der Haftung bei objektiver ursprünglicher Unmöglichkeit: Das BGB. regelt die Haftung bei objektiver ursprünglicher Unmöglichkeit anders als das römische Recht, offenbar, weil die Autoren eine Schadensersatzpflicht nur beim Vorliegen eines Verschuldens eintreten lassen wollten. Die unbedingte Haftung nach römischem Rechte ergibt sich aber aus dem Verschuldungsprinzipe bzw. aus dem aquilischen Grundsatze (vgl. den Auszug aus der genannten Schrift zu § 823 BGB.). Kontrahieren ist eine rein indifferente Handlung. Wer kontrahiert, muß daher Sorge tragen, daß durch seine Handlung kein Schaden entsteht; er handelt somit auf eigene Gefahr. So läßt sich auch die Haftung bei subjektiver ursprünglicher Unmöglichkeit für das römische Recht erklären und für das Recht des BGB., dem es in dieser Beziehung an einer positiven Vorschrift mangelt, begründen; denn insoweit besteht zwischen subjektiver und objektiver ursprünglicher Unmöglichkeit kein Unterschied. — Erklärt man die entsprechenden Rechtssätze nach römischem Rechte nicht aus dem Verschuldungsprinzipe, so ist man für das Recht des BGB. gezwungen, entweder die unbedingte Haftung bei subjektiver ursprünglicher Unmöglichkeit mittels Fiktionen zu begründen oder § 307 analog anzuwenden.

2. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung 1900:

a) Auch der vermeintliche Gläubiger kann ersatzpflichtig sein (gegen Bähr, KrVSchr. **30** 374). (225.)

b) Wo für einzelne Schuldverhältnisse vom Gesetzbuch eine mindere Sorgfaltspflicht vorgesehen ist, greift die Erleichterung auch bei der culpa in contrahendo Platz. A. M. Schollmeyer. (226.) Vgl. dagegen Kleineidam, JDR. **1** § 307 Ziff 1.

c) Die Beweislast für die Unmöglichkeit und die Kenntnis oder das Kennenmüssen trifft den, der Ersatz verlangt, auch wenn das der Gläubiger ist. Ebenso Planck, Schollmeyer, Oertmann. (227 f.)

d) Der Anspruch ist ein außerkontraktlicher, aber keiner aus einer unerlaubten Handlung, und deshalb nicht der dreijährigen Verjährung unterworfen; er unterliegt vielmehr derselben Verjährungsfrist, der die Kontraktsklage unterliegen würde, wenn die Leistung möglich gewesen wäre. Ähnlich Schollmeyer, Planck, Oertmann, Fischer-Henle. (229 f.)

Nach Goldmann-Lilienthal (2) I 357 f. ist die Schadenersatzpflicht aus § 307 keine Haftung aus unerlaubter Handlung und deshalb der ordentlichen Verjährung unterworfen. Ebenso Leske 144 Anm. 1. Vgl. auch JDR. **1** § 307 Ziff. 1, 2.

3. Brock, Das negative Vertragsinteresse 1902:

a) Es wird im Abs. 1 Satz 2 kein äquivalentes Verschulden des Beschädigten gefordert, vielmehr genügt jedes „Kennenmüssen" auf seiner Seite. A. M. Oertmann. (132 Anm. 11.)

b) Die negative Interessehaftung fällt nicht unter den Begriff der Haftung aus unerlaubter Handlung und unterliegt deshalb weder der dreijährigen Verjährungsfrist des § 852, noch begründet sie den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (195 ff.); gleichwohl sind aber für die Verschuldung die §§ 827, 828 zu beachten (199 f.). Für das Verschulden des § 307 kommt an sich eine für die Haftung innerhalb des wirksamen Vertrags geltende mindere Sorgfaltspflicht nicht in Betracht, doch gewährt das Gesetz dadurch, daß es die Fahrlässigkeit als die Nichtbeobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kennzeichnet, die

Möglichkeit, auch die Art des beabsichtigten Vertrags und die bei diesem vom Gesetze normierte Haftungsweise zu berücksichtigen (200). — Brock nimmt somit in dieser Streitfrage (vgl. Schollmeyer, Enneccerus-Lehmann, Einführung in das Recht des BGB. I 399, Titze, Unmöglichkeit 226 Anm. 27) einen vermittelnden Standpunkt ein.

4. Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten 112: Der Grundsatz des § 254 ist im § 307 ausgeschlossen, da die hier geregelte Schadensfolge ex lege eintritt, ohne daß eine der im § 254 gegebenen Abwägungsregeln zur Anwendung gelangt. Es tritt also der Grad des Verschuldens insoweit zurück, als die Ersatzpflicht auch dann ausgeschlossen ist, wenn auf der einen Seite ein Kennen der Unmöglichkeit, also Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, beim Abschlusse des Vertrags vorliegt, auf der anderen Seite nur leichte Fahrlässigkeit vorhanden ist.

§ 308. 1. Titze: Der Vertrag ist im Falle des Abs. 1 suspensiv bedingt durch Wegfall der Unmöglichkeit; es finden daher §§ 158 ff. Anwendung, insbesondere also auch § 162, ebenso wie § 916 Abs. 2 und § 936 ZPO., §§ 67, 154 KO. Im Falle des Abs. 2 ist das Schuldverhältnis nicht von der Bedingung abhängig, daß die Unmöglichkeit der Leistung künftig gehoben wird; das Gesetzbuch bestimmt vielmehr, daß, wenn die Leistung, die wegen einer Bedingung oder eines Anfangstermins in einem späteren Zeitpunkte fällig ist, noch in irgendeinem Momente vor der Fälligkeit möglich wird, der Vertrag trotz der anfänglichen Unmöglichkeit gültig sein soll, wobei es genügt, wenn sich die objektive Unmöglichkeit noch vor dem Tage der Fälligkeit in eine subjektive verwandelt. Es handelt sich im Abs. 2 nicht um eine von den Parteien gesetzte Bedingung, sondern um eine vom Gesetze selbst angeordnete Bedingtheit (216 ff.).

2. Fuchs, R. **03** 38 f.: § 308 ist nur auf den obligatorischen Vertrag, nicht auch auf den dinglichen Vollzugsakt der Einigung im Sinne des § 929 anzuwenden.

3. **RG.** JW. **03** 22, R. **03** 180: Der Fall des Abs. 1 liegt beim Verkauf einer fremden Sache vor.

§ 309. Brock, Das negative Vertragsinteresse 148: Gilt nicht entsprechend bei Verstoß gegen die guten Sitten. Ebenso Goldmann-Lilienthal (2) I 358 Anm. 13.

§ 310. **RG.** JW. **03** 53: Die Abtretung eines Gewinnanteils an der künftigen Ausnutzung des eigenen Grund und Bodens fällt nicht unter die „Übertragung eines Bruchteils seines künftigen Vermögens".

§ 311. OLG. 8 35, R. **03** 603 f.: Nachträglicher tatsächlicher Vollzug des Vertrags bewirkt keine Heilung; §§ 313 Satz 2, 518 Satz 2 sind als Ausnahmebestimmungen auf die Fälle zu beschränken, für die sie erlassen sind (Frankfurt a. M.).

§ 312. 1. Goldmann-Lilienthal (2) I 361 Anm. 15: Gilt auch im Falle der Todeserklärung, so daß der Vertrag nichtig ist, wenn der für tot Erklärte beim Vertragschlusse tatsächlich noch lebte. A. M. Oertmann.

2. Martinius, DNotVZ. **03** 253 ff., 374 ff.:

a) Der obligatorische Vertrag des Abs. 2 kann mit dem dinglichen Übertragungsakte verbunden werden; die Abtretung des Erbteils ist zwar vor dem Erbfalle zunächst als Verfügung eines Nichtberechtigten unwirksam, doch wird sie wirksam, wenn der Verfügende den Erbteil erwirbt (§ 185 Abs. 2); dagegen ist die Abtretung des Erbteils an einen Dritten vor Eintritt des Erbfalls ebenso wie das obligatorische Rechtsgeschäft des Abs. 1 nichtig und kann nicht konvaleszieren (253—257, 374 ff.).

b) Da der Erwerber des gesetzlichen Erbteils eines Miterben, der zugleich selbst gesetzlicher Miterbe ist, in die Rechtsstellung jenes mit dem Erbfalle sofort einrückt, so ist folgerichtig jener als Miterbe überhaupt von vornherein gar nicht in Betracht zu ziehen. Der Erbschein wird den Erwerber als Erben mit dem durch Zusammenrechnen des ursprünglich durch die gesetzliche Erbfolgeordnung ihm zugewiesenen und des zuerworbenen Erbteils sich ergebenden Erbteile zu bezeichnen haben (vgl § 2357 Abs. 2). Bei Berechnung des Pflichtteils für einen dritten Pflichtteilsberechtigten ist der Veräußerer des Erbteils mitzuzählen (257 f.).

c) Die Vertragschließenden des Abs. 2 brauchen nicht zur Zeit des Abschlusses des Vertrags die nächsten gesetzlichen Erben zu sein; es genügt, wenn der Vertrag von den entfernteren gesetzlichen Erben für den Fall geschlossen wurde, daß sie demnächst zur gesetzlichen Erbfolge berufen würden (258 f.).

d) Die Größe des abgetretenen Erbteils bestimmt sich im Zweifel nach der Zeit des Erbfalls (259 f.).

§ 313. I. Satz 1. 1. Pitel, ZBlFrG. **3** 578 ff. tritt für den Formzwang ein, will aber de lege ferenda eine Ausnahme für den ländlichen Ansatz-(Übergabe-)Vertrag machen, weil dessen Ziel sich ja in der Hauptsache auch durch ein eigenhändiges Testament erreichen lasse, weil dabei Überweisungen und namentlich Wirtshausgeschäfte nahezu ausgeschlossen seien und weil die Geschäftskundigkeit beider Teile in solchen Fällen regelmäßig die gleiche sei. Er schlägt auch mit Rücksicht auf die durch §§ 167 Abs. 2 und 182 Abs. 2 ermöglichten Umgehungen der Formvorschrift vor, den § 313 dahin zu ergänzen, daß auch solche Erklärungen, durch die die Vollmacht zum Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrags oder in den Fällen der §§ 177, 185 und des § 108 Abs. 3 die Zustimmung dazu erteilt wird, dem Formzwang unterworfen werden. Dennler, ebendort **4** 186, billigt die Ausnahme bezüglich des ländlichen Übergabevertrags nicht. Über die Zweckmäßigkeit der Formvorschrift vgl. noch Weißler, DNotVZ. **3** 89 ff., Lesse, DJZ. **03** 99, Dennler, BayrNotZtg. **02** Heft 6, West, BadRpr. **02** 224.

2. Thiele, DNotVZ. **3** 317 ff.: a) Auch der Vorvertrag bedarf der Form, nicht aber der ein Vorkaufsrecht einräumende Vertrag. Ebensowenig die Einräumung des Wiederkaufsrechts, sofern dieses nicht im Kaufvertrage, sondern nachträglich vereinbart wird. Anders die herrschende Meinung, vgl. JDR. **1** § 313 Satz 1 Ziff. 11, 12.

b) Auch in die Form anderer Verträge gekleidete Verträge bedürfen der Form, sobald die Absicht der Parteien dahin geht, das Grundstück oder Teile desselben, sei es an den anderen Kontrahenten oder sei es an Dritte — gleichviel ob diese von vornherein bestimmt sind oder erst ermittelt werden sollen — zu verkaufen, so insbesondere äußerlich in das Gewand eines Vollmachtsvertrags gekleidete Parzellierungsverträge trotz des § 167 Abs. 2. Ebenso **RG.** vgl. JDR. **1** § 313 Satz 1 Ziff. 3.

c) Die Abtretung der Rechte aus einem auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrage bedarf keiner Form. Nachträgliche Änderungen bedürfen der Form, sofern sie mit dem Anspruch auf Eigentumsübertragung in Zusammenhang stehen, so insbesondere Verabredungen über Zahlung, Stundung, Erfüllungsort; dagegen bedarf die Aufhebung des auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrags keiner Form, es sei denn, daß der obligatorische Vertrag bereits erfüllt, also insbesondere die Auflassung vorgenommen ist.

d) § 313 bezieht sich nur auf Verträge über Übertragung des Grundeigentums, die als Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommen werden, nicht aber auf Vergleiche, die nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung in

einem anhängigen Rechtsstreite geschlossen werden. Ebenso BayrObLG., R. **03** 604, PfälzRechtspr. **1** 29.

3. Weißler, DNotVZ. **2** 280: Die Vollmacht, in der sich der Vollmachtgeber unbedingt verpflichtet, den Abschluß des Grundstückskaufvertrags durch den Bevollmächtigten geschehen zu lassen, enthält selbst eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung und bedarf deshalb selbst der öffentlichen Form.

4. Goldmann-Lilienthal (2) I 362: Für ein einseitiges Rechtsgeschäft, z. B. Auslobung, durch das sich jemand zur Eigentumsübertragung verpflichtet, gilt die Formvorschrift nicht. Ebensowenig für die Verpflichtung zur Belastung des Grundstücks, zur Übertragung oder Belastung eines Rechtes an einem Grundstück und — gegen Planck — zur Aufgabe des Grundstücks. Vgl. IDR. **1** § 313 Satz 1 Ziff. 4.

5. Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 296: § 313 findet auch auf das Erbbaurecht Anwendung. Herrschende Ansicht, vgl. IDR. **1** § 313 Satz 1 Ziff. 13.

6. Landsberg, PosMschr. **03** 37 ff. — s. auch o. zu § 276 Note 7a — erörtert die Frage, wer die Kosten eines formnichtigen Kaufvertrags zu tragen hat. Er gelangt zu dem Ergebnis: Jede Partei muß die Vertragskosten, die sie übernommen hat, tragen; eine Abwälzung der Kosten auf den Vertragsgegner, die nur unter dem Gesichtspunkte des Verschuldens und der Schadenersatzpflicht denkbar wäre, läßt sich bei Formnichtigkeit des Vertrags nicht begründen. Anders als die in einem nichtigen Vertrage von einer Partei selbst übernommenen sind die von ihr für die zahlungspflichtige Partei verauslagten Kosten zu behandeln. Hier folgt die Ersatzpflicht ganz unabhängig vom Vertrag entweder aus dem erteilten Auftrag oder der Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus der ungerechtfertigten Bereicherung, insofern auf Kosten des Verauslagenden die Befreiung von einer Verbindlichkeit ohne rechtlichen Grund erlangt wird.

Ist über die Vertragskosten nichts verabredet, so liegen sie den Parteien zu gleichen Teilen ob, und demgemäß kann Ersatz des darüber hinaus Verauslagten beansprucht werden.

7. **RG.** R. **03** 16: Die Zeit des gerichtlichen oder notariellen Abschlusses ist für die Kenntnis von Rechts- und Sachmängeln maßgebend, nicht die Zeit der vorausgegangenen mündlichen Vereinbarung, auch wenn der Käufer aus Rechtsirrtum diese für bindend hielt.

8. **RG. 53** 269: Die Abtretung des Anspruchs auf Auflassung bedarf keiner Form, da eine Übertragung des Eigentums nicht in Frage steht. Vgl. IDR. **1** § 313 Satz 1 Ziff. 8.

RG. 54 76, IW. **03** 56, Seuff. A. **59** 2, DNotVZ. **03** 381: Der Auftrag, ein Grundstück im eigenen Namen zu erstehen und dann dem Auftraggeber aufzulassen, bedarf keiner Form, da die formfreie Auftragserteilung das allein Wesentliche ist, die Verpflichtung zur Abtretung des Grundstücks dagegen aus der Natur des Auftrags folgt und deshalb überflüssig ist.

Vorverträge unterliegen der Formvorschrift nach **RG. 53** 260, IW. **03** 32, insbesondere solche, durch die ein Grundstück bindend für einige Zeit zum Kaufe „angestellt" wird. **RG. 53** 236, IW. **03** 32, DNotVZ. **03** 379. Die Annahme einer Grundstückskaufofferte kann auch nicht dadurch gesichert werden, daß für den Fall der Ablehnung eine Vertragsstrafe formlos versprochen wird. **RG. 53** 257, IW. **03** 32.

9. Aus der Rechtsprechung. OLG. **5** 355 (KG.): Ein Erbauseinandersetzungsvertrag, in dem einem der Miterben das alleinige Eigentum an einem Nachlaßgrundstücke übertragen wird, unterliegt der Formvorschrift des § 313.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 171: Der Auftrag der Klägerin, ein Grundstück unter bestimmten Kaufbedingungen zu verkaufen, unter Zusicherung einer Vergütung und der Bezahlung einer Vertragsstrafe für den Fall vertragswidrigen Handelns seitens der Auftraggeberin, also insbesondere der Nichtgenehmigung eines vom Beklagten gemäß den Kaufbedingungen abgeschlossenen Kaufes, geht über den Umfang einer gewöhnlichen Vollmacht hinaus und charakterisiert sich als Vertrag, durch den sich die Klägerin unter Erteilung einer Vollmacht und unter Festsetzung bestimmter Leistungen und Gegenleistungen dem Beklagten gegenüber bei Einhaltung bestimmter Kaufbedingungen zur Übertragung ihres Eigentums an einen vom Beklagten ausgesuchten Dritten verpflichtet hat; er bedarf deshalb der Form. Vgl. IDR. **1** § 313 Satz 1 Ziff. 3.

BayrObLG., R. **03** 604: Verträge, durch welche die Verpflichtung zu einer Verfügung über ein anderes Recht an einem Grundstück als das Eigentumsrecht, insbesondere über eine Hypothek eingegangen sind, sind formfrei.

OLG. Hamburg, ZBlFrG. **4** 39, HansGerZ. **03** Beibl. 142: Wird bei einem Grundstückskaufvertrage das Bestehen oder Nichtbestehen von Dienstbarkeiten zum Bestandteile des Vertrags gemacht, und wird dadurch die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung bezüglich des Vertragsgegenstandes näher begrenzt oder inhaltlich bestimmt, so erstreckt sich das Formerfordernis des § 313 auch auf diese Verabredungen.

OLG. **6** 228 (Jena), R. **03** 77: Die Erfüllung eines wegen Formmangels nichtigen Vertrags ist auch nicht einmal eine sittliche Pflicht; die Rückforderung einer Zahlung, die auf den in einem formlosen und deshalb nichtigen Grundstückskaufvertrag vereinbarten Kaufpreis geleistet wurde, hat deshalb nach den Grundsätzen der condictio indebiti, nicht der condictio causa data causa non secuta zu erfolgen.

OLG. Colmar, R. **03** 236: Der Käufer, der ohne Arglist von einem der öffentlichen Form ermangelnden Grundstückskaufe zurücktritt, braucht den Verkäufer nicht für die vermögensrechtlichen Maßnahmen schadlos zu halten, die er seit dem obligatorischen Vertrag im Hinblick auf die erwartete notarielle Beurkundung genommen hat.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 396: Vor oder bei dem Abschluß eines Grundstücksverkaufs erfolgte Verabredungen haben keine rechtliche Wirkungen. Nachher vereinbarte Abänderungen des schriftlichen Kaufvertrags entbehren derselben gleichfalls dann, wenn sie vor der gerichtlichen Vertragsbeurkundung erfolgt sind; gültig sind sie nur dann, wenn die Beteiligten im Zeitpunkte der gerichtlichen Beurkundung sich darüber einverstanden erklärt haben, daß die beurkundete Bedingung nicht gelten soll; auch wäre ein nachträglicher Verzicht wirksam.

OLG. **6** 40 (Königsberg): Abänderungen des notariellen Grundstücksveräußerungsvertrags unterliegen dem Formzwange des § 313. Aus der Vorschrift des Satz 2, daß ein formlos geschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, wenn die Auflassung und die Eigentumseintragung im Grundbuch erfolgt, ist zu schließen, daß alles, was die Kontrahenten zum Inhalte des Vertrags gemacht wissen wollen, dem heilenden Einflusse der Auflassung und Eintragung zuläßig, mithin vor der Auflassung und Eintragung nichtig ist, wenn es nicht in die Form des § 313 gebracht ist.

OLG. **6** 228 (Kiel) hebt hervor, daß es trotz der Formvorschrift des § 313 grundsätzlich für zulässig zu erachten ist, bei der Auslegung des schriftlichen Vertrags zur Ermittelung des wahren Vertragswillens auf die dem Abschlusse des schriftlichen Vertrags vorangegangenen mündlichen Verhandlungen zurückzugreifen.

II. Satz 2. 1. Winter, CBlFrG. **3** 583 ff.: Wenn die Beteiligten (Vater und Sohn beim Überlassungsvertrag) irrtümlich annahmen, sämtliche

dem Verkäufer gehörige und verkaufte Grundstücke aufzulassen, während sie tatsächlich nur eins aufließen, weil die übrigen auf noch anderen Grundbuchblättern verzeichnet waren und die Beteiligten das nicht wußten, so tritt doch auch bezüglich dieser Grundstücke Heilung ein, da auf den wahren Willen der Beteiligten beim Kaufabschluß und bei der Auflassung und Eintragung das ausschlaggebende Gewicht gelegt werden müsse. A. M. OLG. Posen, PosMschr. **02** 144, Seuff. A. **58** 388, OLG. **6** 43; Die Heilung tritt nur im Umfange des aufgelassenen und eingetragenen Gegenstandes ein. Vgl. aber auch OLG. Naumburg, ZBlFrG. **3** 810: Wird ein Grundstück aufgelassen, bevor ihm durch Zuschreibung eines vom obligatorischen Vertrage mitbetroffenen Stückes die vertragsmäßige Größe verschafft worden ist, so wird durch die Auflassung der obligatorische Vertrag auch hinsichtlich dieses Stückes gültig, und es kann nunmehr auf Gruud dessen die Auflassung auch dieses Stückes verlangt werden. Vgl. auch JDR. **1** § 313 Satz 2 Ziff. 6.

2. Liebe, Das Bürgerliche Recht 248: Auflassung und Eintragung machen auch solche Nebenverabredungen gültig, die einer besonderen Form bedürfen, wie z. B. die nach § 566 der Schriftform bedürftige Abrede, daß der Veräußerer noch mehrere Jahre in dem Grundstück als Mieter wohnen bleiben dürfe.

OLG. **8** 37 (Kiel): Die heilende Wirkung erstreckt sich nicht auf selbständige Nebenvertragsbestimmungen, die mit dem Hauptvertrag in keinem inneren Zusammenhange stehen.

RG. 52 3: Heilung durch Auflassung und Eintragung nur, wenn zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung besteht.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 222: Auch die neben einem notariellen Vertrage getroffene mündliche Nebenabrede wird durch Auflassung und Eintragung gültig, sofern zu dieser Zeit unter den Parteien hinsichtlich der mündlichen Abrede noch Einverständnis besteht. Nach OLG. **8** 37 (Dresden) wird die mündliche Abrede über den Ausschluß der Haftung für Mängel durch die nachträgliche Auflassung und Eintragung gültig.

3. OLG. Dresden, R. **03** 263: Die Auflassung und Eintragung heilt den Formmangel des in der Zusicherung, daß eine auf den Kaufpreis übernommene Hypothek gut sei, enthaltenen Garantieversprechens, vorausgesetzt, daß über dasselbe zur Zeit der Auflassung und Eintragung noch Willensübereinstimmung unter den Vertragschließenden bestand. Ebenso OLG. Köln, RheinA. **100** 63 Abt. 1 Heft 2.

4. **RG. 54** 107, JW. **03** 49: Da die heilende Wirkung nur der Auflassung und Eintragung zukommt und nur eintritt, wenn zur Zeit der Auflassung die mündliche Nebenabrede noch gewollt ist, kann nicht gegenüber der Klage auf Auflassung die Feststellung begehrt werden, daß im Falle derselben die mündliche Nebenabrede wirksam geworden ist.

5. OLG. **8** 36 (Kiel): Beim Grundstückstausche wird der Formmangel schon mit der Auflassung und Eintragung des einen der Kontrahenten geheilt. Ebenso Dernburg, Sachenrecht § 89 und Planck, dagegen Crome, System § 166 Note 44 und Schollmeyer.

§ 315. 1. Goldmann-Lilienthal, Planck, Cosack lassen, wenn die Bestimmung nach freiem Belieben einer Partei erfolgen soll und der Bestimmungsberechtigte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder verzögert, eine Bestimmung durch den Richter nicht zu, wogegen Oertmann, Schollmeyer, Fischer-Henle dem anderen Teile eine Klage auf Vornahme der Bestimmung gewähren. Nach Liebe, Das Bürgerliche Recht 250, liegt ein wirksamer Vertrag

überhaupt nicht vor, wenn die Bestimmung der Leistung vollständig der Willkür des Schuldners überlassen ist. S. auch zu § 319.

2. de Claparède, Beiträge 56 f.: Das dem freien Belieben eines Kontrahenten hinsichtlich einer Vertragsmodalität gewährte Bestimmungsrecht annulliert nicht bedingungslos das Schuldverhältnis.

§ 316. Martinius, DJZ. **03** 146 f.: Der Verkäufer hat nur die Einigung mit dem Käufer über die Verschaffung des Eigentums und die Entgeltlichkeit des Geschäfts überhaupt zn behaupten und zu beweisen. Er kann dann den angemessenen, von ihm zu behauptenden und zu beweisenden Preis verlangen, da Negativen nur ausnahmsweise dann zu beweisen sind, wenn das Gesetz, an eine Erfahrungsvermutung anknüpfend, eine Vermutung für eine Tatsache aufstellt, und das Nichtsetzen des Preises nicht eine Negative gegenüber der gesetzlichen Vermutung einer Tatsache ist. Daß die Nichtvereinbarung eines bestimmten Preises in die Eidesnorm für Verkäufer einbezogen wird, empfiehlt sich lediglich zur Wahrung seines Gewissens, also aus praktischen Gründen.

Dagegen für die Stölzelsche Theorie: Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozesse (2) 165. Näheres s. u. Ziff. 3 b zu § 433 und o. Anhang zum Allg. Teil.

§ 319. Goldmann-Lilienthal (2) I 370: Die Partei, welche die Bestimmung des Dritten nicht anerkennt, hat deren Unbilligkeit zu beweisen, während im Falle des § 315 Abs. 3 die Billigkeit Voraussetzung für deren Verbindlichkeit und von dem auf diese sich Stützenden zu beweisen ist.

Zweiter Titel.
Gegenseitiger Vertrag.

Zu §§ 320 ff. 1. Titze, Unmöglichkeit: Die gegenseitigen Verträge charakterisieren sich dadurch, daß aus ihnen notwendigerweise für beide Parteien Leistungspflichten erwachsen, die sich gegenseitig bedingen, von denen also die eine um der anderen willen eingegangen wird. Gesellschaftsvertrag und Trödelsvertrag gehören deshalb nicht zu den gegenseitigen Verträgen, weil, wenn auch für beide Teile Leistungspflichten begründet werden, doch nicht die eine der anderen zuliebe besteht (163 Anm. 1, 309 ff.).

Dagegen Kisch, KrVSchr. **44** 564 ff.: Es dürfte richtiger an der Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrags festzuhalten sein; es ist eben die Frage, ob eine unmittelbare Auswechselung von Leistungen für den gegenseitigen Vertrag wesensnotwendig ist. Gegenleistung ist die Förderung des gemeinschaftlichen Zweckes durch die Beitragsleistung des einzelnen Gesellschafters. S. auch JDR. **1** §§ 320 ff. Ziffer 1 b, 3.

2. OLG. Frankfurt, R. **03** 311: Schuldhafte Verweigerung eines obligatorischen Anspruchs begründet regelmäßig nicht einen Anspruch auf Schadensersatz, sondern nur den Anspruch auf Erfüllung; nur für gegenseitige Verträge sind Grundsätze aufgestellt, die das Entstehen von Schadensersatzansprüchen an Stelle des Erfüllungsanspruchs vorsehen, doch sind diese Vorschriften singuläre und auf den Fall des eigentlichen gegenseitigen Vertrags zu beschränken.

§ 320. 1. Leske 147 Anm. 1: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags steht dem Schuldner nicht bloß dann zu, wenn die Gegenleistung überhaupt noch nicht, sondern auch dann, wenn sie in nicht gehöriger Art bewirkt ist (Mot. II 202, 203).

2. Aus der Rechtsprechung.

RG. JW. **03** 16: Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts liegt nicht schon in der Stellung des Antrags auf Klagabweisung, auch nicht eventuell in der Vorschützung einer Aufrechnungseinrede; das Zurückbehaltungsrecht ist gegen-

über dem Rechte zur Aufrechnung nicht das mindere, sondern überhaupt ein ganz anderes Recht. S. auch o. zu § 273 Noten 4c u. 6b.

RG. 54 123: Der Satz 1 bezieht sich nur auf einander gegenüberstehende Leistungen. Die Verbindlichkeit zum Nichteintritt in ein Konkurrenzgeschäft nach dem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis enthält keine solche Vertragspflicht, die der Pflicht des früheren Dienstherrn zur fortlaufenden Rechnungslegung und Provisionszahlung hinsichtlich der vom früheren Bediensteten während seiner Dienstzeit abgeschlossenen und nachher erledigten Geschäfte unmittelbar gegenüberstand, sondern eine selbständige, auf einem Nebenvertrage beruhende einseitige Verpflichtung, die erst nach dem Austritt aus dem Vertragsverhältnis in Kraft treten sollte und schon nach ihrer Beschaffenheit eine Erfüllung Zug um Zug mit einer Leistung des Beklagten aus dem Dienstvertrage wie der Rechnungslegung nicht zuließ.

3. Zu Abs. 2. Liebe, Das Bürgerliche Recht 253 f.: Ein Mangel in der Leistung stellt eine teilweise Leistung nur dann dar, wenn er sich beseitigen läßt, anderenfalls liegt eine Leistung anderer Art vor.

OLG. Frankfurt a. M., R. **03** 550: Unter teilweiser Leistung ist nicht nur der Fall zu verstehen, daß die Leistung eine quantitativ unvollständige gewesen ist, sondern auch der Fall, daß die Leistung eine qualitativ mangelhafte war, die Beseitigung der Mängel aber möglich ist.

RG. JW. **03** 138: Es wird nicht zwischen teilweiser Leistung in der Hauptsache und einer Nebensache unterschieden und auch nicht zwischen mangelhaften und unzureichenden Leistungen.

OLG. Köln, R. **03** 263: Der rückständige Teil der Leistung muß nicht gerade ein geringfügiger sein; entscheidend ist vielmehr, daß die Verweigerung der Gegenleistung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben durch das Interesse des Weigernden nicht gerechtfertigt war. Namentlich kann der Käufer, der eine Teilleistung, die für ihn Wert hat, erhalten hat, nicht die Teilleistung behalten, ohne den verhältnismäßigen Kaufpreis zu zahlen.

§ 321. 1. Nissen, JW. **03** 361 ff.: Im Falle des § 321 besteht der Vertrag seinem ganzen Inhalte nach, also mit der Vorleistungspflicht fort und wird nur in seiner jeweiligen Ausführung beeinflußt durch ein von außen an denselben herantretendes Recht auf Sicherstellung, welches sich, und zwar exzeptivisch, nach dem Wortlaute der Bestimmung dadurch zu verwirklichen hat, daß der in schlechte Vermögensverhältnisse geratene Teil entweder die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie leistet.

Daraus folgt: a) daß, wenn der Vorleistungspflichtige Sicherung gemäß § 321 vom anderen Teile zu fordern unterläßt, bezüglich der Vorleistungspflicht Verzug eintreten und gegen den Vorleistungspflichtigen der § 326 zur Anwendung gebracht werden kann; b) daß die Vorleistungspflicht, wenn der Tatbestand des § 321 später eine Änderung erfährt, dann wieder ihre volle Wirkung äußert; c) daß die in Unkenntnis der Sachlage des § 321 bewirkte Vorleistung nicht gemäß § 813 kondiziert werden darf, weil der Rechtsbehelf aus § 321 jedenfalls keine Einrede im Sinne des § 813 Satz 1 darstellt.

Als vorleistungspflichtig und daher geschützt im Sinne des § 321 hat der Verkäufer darum nicht weniger zu gelten, weil er über den Kaufpreis einen vom Käufer gezeichneten Wechsel zahlungshalber empfangen hat, und auch noch nach Begebung des Wechsels, solange ihm der Besitz der Valuta nicht endgültig gesichert ist.

War die Vermögenslage des anderen schon vor Abschluß des Vertrags eine mißliche, so braucht der Vorleistungspflichtige nur nach Vertragsschluß eingetretene Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche an sich das in Rede

stehende Sicherungsbedürfnis als gegeben erscheinen lassen, während es Sache des Nachleistungspflichtigen sein würde, den Vergleich zu ziehen zwischen der durch jene Tatsachen geoffenbarten Vermögenslage nach dem Vertragsschluß und derjenigen vor demselben, um seinerseits den Beweis zu erbringen, daß das nämliche Sicherungsbedürfnis schon zu der Zeit existierte, wo der Vertrag geschlossen wurde.

Die Ansprüche auf Sachleistung oder Dienste genießen den Schutz des § 321 regelmäßig erst, wenn sie unter dem Einfluß anderer Faktoren in Summenansprüche sich verwandelt haben; es reicht aus, daß Umstände in der Person des Pflichtigen die Besorgnis begründen, daß der Summenanspruch entstehen werde.

Wird die Gegen- oder Sicherheitsleistung vom Nachleistungspflichtigen nicht innerhalb angemessener Frist angeboten, so kann sich der Vorleistungspflichtige in der Art, die § 326 vorsieht, vom Vertrage losmachen. Ein entsprechendes Recht hat der Nachleistungspflichtige gegenüber dem Vorleistungspflichtigen, der unter Berufung auf § 321 die bedingungslose Vorleistung ablehnt.

2. Staub, DJZ. **03** 388, Düringer-Hachenburg, HGB. III 84—86, 103, 104, Müller, BadRspr. **03** 334 sind der Ansicht, daß der Vorleistungsverpflichtete zur Verhütung eines sonst von ihm gar nicht zu beseitigenden Schwebezustandes für berechtigt erachtet werden müsse, nunmehr auf Vertragserfüllung seitens der Gegenpartei oder auf Sicherheitsleistung Zug um Zug zu klagen. A. A. Liebe, Das Bürgerliche Recht 255 Anm. 11 und **RG. 53** 62, JW. **03** 6: Der § 321 gibt dem Verkäufer nur das Recht bei eingetretener Vermögensverschlechterung des Käufers die ihm nach dem Vertrag obliegende Vorleistung zu retinieren, bis der Käufer den Kaufpreis zahlt oder sicherstellt. Damit hat er nur ein Verteidigungsmittel gegenüber dem Käufer, nicht aber ein Klagrecht gegen den Käufer auf Zahlung oder Sicherstellung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Lieferung der Ware. Vgl. JDR. **1** § 321 Ziff. 4b.

3. **RG. 54** 356, JW. **03** 78, HansGerZ. **03** 184: Wenn der Verkäufer schon längere Zeit vor Fälligkeit der ihm obliegenden Vorleistung Sicherheitsleistung wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Käufers verlangt und Käufer solche ablehnt, so ist doch dieser Ablehnung eine für die Zeit der Fälligkeit bindende Wirkung nicht beizulegen, und der Verkäufer deshalb nicht berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten. Die Weigerung des Käufers war zur Zeit ihrer Abgabe berechtigt, der Verkäufer ist daraufhin nicht als im Verzuge mit der Vertragsleistung befindlich zu betrachten.

4. **RG. 53** 244, JW. **03** 33: Der Anspruch auf eine hypothekarisch gesicherte Gegenleistung ist infolge einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners dieser Gegenleistung erst dann gefährdet, wenn das belastete Grundstück für die Hypothek keine genügende Sicherheit mehr bietet, wie sich aus den Worten „oder Sicherheit für sie geleistet wird" im § 321 ergibt.

§ 322. 1. Dernburg II § 94: Der Kläger hat zu beweisen, daß er nur eine mindere Gegenleistung schuldet, als der Beklagte beansprucht. Dagegen Goldmann-Lilienthal (2) I 372.

2. **RG.** JW. **03** 22: Die Einrede braucht nicht ausdrücklich geltend gemacht zu werden; es genügt der Einwand, daß der Kläger nicht leisten könne, weil er nicht Eigentümer der verkauften Sache ist.

OLG. Frankfurt a. M., R. **03** 575: Die Geltendmachung der Einrede hat nur die Wirkung, daß der Beklagte nur zur Leistung Zug um Zug verurteilt werden kann; die im übrigen bestehende materielle Begründetheit und prozessuale Veranlassung der Klage wird dadurch nicht berührt.

Zu §§ 323 ff. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 53 ff. kommt bezüglich der Vertretungspflicht bei nachfolgender Unmöglichkeit zu folgendem Ergebnisse für den Arbeitsvertrag:

1. Der Arbeiter hat die Umstände, infolge welcher die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eingetreten ist, zu vertreten (§ 325), wenn er sie verschuldet hat (§ 276);

2. Der Arbeitgeber hat diese Umstände zu vertreten (§ 324):

a) wenn er sie verschuldet hat (§ 276),

b) wenn sie in der Person des Arbeiters liegen, von diesem nicht verschuldet sind und die entstandene Arbeitsbehinderung nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit dauert (§ 616),

c) wenn sie in der Person des Arbeitgebers liegen und von keinem von beiden Teilen verschuldet sind (Folgerung aus §§ 293, 615, 616).

3. Keiner von beiden Teilen hat die genannten Umstände zu vertreten (§ 323):

a) wenn sie auf reinem Zufall, also nicht bloß in der Person des einen oder anderen Teiles liegen (Folgerung aus §§ 615, 616),

b) wenn sie ohne ein Verschulden des Arbeiters in seiner Person liegen und die entstandene Arbeitsbehinderung eine verhältnismäßig erhebliche Zeit dauert (arg. e contr. aus § 616).

§ 323. 1. Affolter, BuschsZ. **31** 469 f. (System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts 154 f.): Bei der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung gehen die Ansprüche auf Leistung unter, nicht aber das objektive Schuldverhältnis; aus ihm können neue Ansprüche entstehen.

2. Titze, Unmöglichkeit: a) In den Fällen der §§ 360 und 361 kann der Gläubiger, wenn dem Schuldner seine Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist, vom Vertrage zurücktreten und die vorzeitig abgeführte Gegenleistung nicht nur nach den für ihn ungünstigen Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, sondern nach der strengeren Vorschrift des § 347 zurückverlangen (167). A. M. Kisch, KrVSchr. **44** 537, da sich die Bedeutung des § 361 darin erschöpfe, daß der Rücktritt einen Verzug des Schuldners, insbesondere eine Mahnung nicht voraussetze.

b) Der Gläubiger, der sich auf die Minderung seiner Gegenleistung zufolge teilweiser Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung beruft, hat nur die teilweise Unmöglichkeit, nicht aber auch das Wertverhältnis zu beweisen, in dem der mögliche Teil der Erfüllung zu der ganzen stipulierten Leistung steht; dieses zu finden, ist vielmehr Sache des Richters. (Dagegen verstoßen in den Mitscherlichschen Prozessen in den 80er Jahren) (174 ff.). A. M. Kisch a. a. O. 533 ff., der aber die Frage aufwirft, ob nicht eine entsprechende Anwendung des § 287 ZPO. angezeigt erscheint.

3. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag: a) § 323 mit §§ 105 a ff. GO. ergibt, daß für gesetzliche Feiertage dem Arbeiter ein Lohn nicht zu bezahlen und ein Abzug vom Wochenlohne für den Feiertag dann gerechtfertigt ist, wenn der Wochenlohn kein fester Bezug ist; hat dagegen der Lohn den Charakter eines festen Bezugs, so ist eine stillschweigend erfolgte Abänderung der Dispositivbestimmung des § 323 anzunehmen und ein Abzug unzulässig (99).

b) § 323 ist anzuwenden, wenn der Akkordarbeiter wegen ordnungsmäßiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses die angefangene Arbeit nicht beendigen kann, und zwar ist der Gesamtakkord insoweit herabzusetzen, als die bewirkte Teilleistung objektiv, also nicht für den Arbeitgeber, wert ist (175, 176).

4. Aus der Rechtsprechung:

SächsOVG. **24** 117: Wenn der Inhaber eines Glashüttenwerkes, das für den Betrieb dauernd und regelmäßig Feuerungsmaterial in großen Mengen braucht, durch Abschluß eines Vertrags über sukzessive Lieferung von Heizungsmaterial seinen Bedarf für ein Jahr decken will, so kann er vom Vertrage zurücktreten, wenn auch nur einige Lieferungen infolge eines vom Gegner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich werden.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 375: Ist bei einer Feuersbrunst auch ein Teil des gepachteten Dampfsägewerkes erhalten geblieben, so ist der Pächter doch zur Aufhebung des ganzen Vertrags dann berechtigt, wenn das, was übrig geblieben ist, sich für den wirtschaftlichen und gewerblichen Zweck, dem der Pachtvertrag dienen sollte, nicht verwerten läßt.

§ 324. 1. Titze, Unmöglichkeit: a) § 324 steht der Möglichkeit nicht im Wege, daß der Schuldner neben seinem Anspruch auf die Gegenleistung noch einen außerkontraktlichen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Gläubiger hat (181).

b) Die Beweislast hat der Schuldner. A. M. nur Schollmeyer (182).

2. Bendix (2) I 327 Anm. 1: § 324, nicht § 615 findet Anwendung, wenn der Dienstpflichtige ohne Grund dauernd entlassen wird.

§ 325. 1. Titze, Unmöglichkeit: a) Die verschiedenen Befugnisse des Gläubigers sind facultates alternativae. Deswegen ist die Wahl der Entschädigung durch den Gläubiger nicht schon mit dem Verlangen, sondern erst mit der Leistung unwiderruflich: der Gläubiger kann also auch nach seiner Erklärung, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung haben wolle, von dieser Erklärung noch abgehen und vom Vertrage zurücktreten oder die Rechte aus § 323 geltend machen, solange er den Schadensersatz nicht ganz oder teilweise angenommen hat oder mit seiner Annahme in Verzug geraten ist (a. M. Planck). Dasselbe gilt, wenn der Gläubiger lediglich Bewirkung des stellvertretenden commodum gegen Bewirkung der entsprechenden Gegenleistung verlangt. Dagegen kann der Gläubiger von der einmal abgegebenen Rücktrittserklärung nicht mehr abgehen, es sei denn, daß er den Rücktritt erklärt hat, ohne sein Wahlrecht zu kennen; ebenso und mit derselben Einschränkung erlischt das Wahlrecht des Gläubigers, wenn er erklärt, von den Rechten aus § 323 (§ 325 Abs. 1 Satz 3) Gebrauch machen zu wollen, weil in diesen Fällen mit der Wahlerklärung das gewählte Recht auch verwirklicht wird (183 ff.). Dagegen Kisch, KrVSchr. **44** 530 ff., der darauf hinweist, daß der Schuldner durch die Widerruflichkeit der Erklärung in die ärgsten Ungelegenheiten versetzt werden könne, wenn er im Vertrauen auf die vom Gläubiger erklärte Wahl des Schadensersatzes darauf rechne, daß er die Gegenleistung bekommen oder, falls sie schon bewirkt ist, werde behalten dürfen, und in dieser Hoffnung Verfügungen über dieselbe trifft, oder es versäumt, seinen diesbezüglichen Bedarf anderweitig zu decken. Die Wahl des Gläubigers müsse deshalb schon mit ihrer Erklärung unwiderruflich sein, wie dies bezüglich des Rücktritts ja nach § 349 zweifellos zutreffe.

b) Die Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters gewährt dem Mieter kein Rücktrittsrecht im Sinne der §§ 325, 327, sondern das Recht, nach § 542 (626) das Mietsverhältnis „ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" zu kündigen (286, 296). Dagegen Kisch a. a. O. 561 f.: Im § 542 (626) beruht die Aufhebung des Vertragsverhältnisses auf der bloßen Tatsache der Nichtleistung, nach § 325 auf der Unmöglichkeit der Erfüllung; § 542 (626) schließt daher den § 325 nicht aus.

2. Kipp, Rechtswahrnehmung und Neurecht in der Festgabe der Jur.Ges. zu Berlin für Richard Koch 125 ff.: Verlangt der Gläubiger Schadensersatz, so

kann er von diesem Verlangen wieder zurücktreten (a. M. Planck, Kisch, Oertmann), es sei denn, daß der Schuldner auf das Erfordern der Schadensersatzleistung diese sofort anbietet; auch nicht einmal das rechtskräftige Urteil auf Schadensersatz setzt dem jus variandi ein Ziel, wie Crome und Schollmeyer annehmen. Dasselbe gilt beim Verlangen der Abtretung des Ersatzes oder Ersatzanspruchs. An die Berufung auf § 323 ist der Gläubiger nur gebunden, wenn er selbst noch nicht geleistet hat oder wenn der Schuldner dem Verlangen auf Rückleistung des bereits vom Gläubiger Geleisteten sofort entspricht.

3. Aus der Rechtsprechung: **RG. 54** 286, JW. 03 78: Wenn der Verkäufer der gegebenen Zusicherung des Alleinverkaufsrechts zuwider Waren in das Absatzgebiet des Käufers liefert, so macht er dadurch selbst die Erfüllung seiner Verpflichtung unmöglich. Der Käufer kann deshalb zurücktreten.

Auch rückständige Ware, die vor dem Zuwiderhandeln des Verkäufers zu beziehen war, braucht nicht mehr abgenommen zu werden, denn auch deren Lieferung ist im Sinne des Vertrags unmöglich geworden.

RG. 54 28, SächsA. **13** 558, Holdheims Mschr. **12** 152, JW. **03** Beil. 55: Gegenüber der Klage auf Leistung kann der Beklagte sich nicht unter Beweisantritt auf die Unmöglichkeit der Leistung berufen und so den Kläger zwingen, seinen Schaden nachzuweisen, wenn die Unmöglichkeit noch nicht feststeht, und der Beklagte die Unmöglichkeit, falls solche vorliegen sollte, zu vertreten hat; vielmehr ist unter Ablehnung des Beweisantrags der Beklagte zur Leistung zu verurteilen und dem Kläger der Weg des § 283 offen zu lassen. S. dieses Urteil auch o. zu § 283 Note 1 u. den dort angezogenen Stellen.

RG. 52 94: Veräußert der Verkäufer die an A. verkaufte Sache an B., so macht er die ihm obliegende Leistung unmöglich; der Hinweis auf die Möglichkeit des Rückerwerbes reicht nicht zu dem Nachweis aus, daß die z. Zt. vorliegende subjektive Unmöglichkeit beseitigt werden könne, vielmehr hätte es dazu der Behauptung bedurft, daß der jetzige Eigentümer zur Rückauflassung bereit sei; vgl. **RG. 31** 184, **32** 131, Gruchots Beitr. **39** 450. Im allgemeinen ist die willkürliche Veräußerung ein von dem Veräußerer zu vertretender Umstand.

OLG. Stettin, R. **03** 263: Hat jemand ein Darlehen empfangen gegen die Zusage, auf ein bestimmtes Grundstück dafür eine Hypothek eintragen zu lassen, und versetzt sich durch Veräußerung des Grundstücks in die Unmöglichkeit, die Hypothek zur Eintragung zu bringen, so ist der Gläubiger nach § 325 ohne die Kündigung nach § 609 zum Rücktritt und zu sofortiger Rückforderung des Darlehens berechtigt.

RG. JW. **03** 67: Erörterung der dem Gläubiger zustehenden Wahlrechte, vgl. zu § 268 Ziff. 3 ZPO.

§ 326. 1. Sänger, Der Verzug beim Kaufe nach heutigem Rechte unter Vergleichung des alten Handelsrechts 1902: a) Hat der säumige Schuldner vorher bestimmt und unzweideutig erklärt, er werde nicht erfüllen, so lag hierin allerdings ein Verzicht auf die durch Art. 356 HGB. vorgeschriebene „Gewährung" einer Nachfrist, gegenüber dem § 326 BGB. wird dagegen die Fristsetzung nicht erübrigt (arg. e. contr.: § 634 Abs. 2: „oder von dem Unternehmer verweigert wird"). Der Schuldner kann sich nur schadensersatzpflichtig machen, falls der Gläubiger infolge der Weigerung zum Deckungsgeschäfte bereits vor der Erfüllungszeit schreitet oder ein Kaufangebot eines Dritten auf die zu liefernde Ware ablehnt (11—13).

b) Ist die gesetzte Frist nicht eine angemessene, so wird trotzdem eine angemessene Frist in Lauf gesetzt; jedoch kann entgegen Cosack die gänzliche Verweigerung der Nachfrist einer zu kurzen Bemessung derselben nicht gleich erachtet werden. Bei Nichtsetzung einer Frist bleibt dem Gläubiger vielmehr nur

der Erfüllungsanspruch, trotz der Androhung, daß die Annahme der Erfüllung abgelehnt werde. Die angemessene Frist ist vom Gläubiger festzusetzen, doch ist die Angabe eines festen Zeitpunkts nicht notwendig; die Erklärung „ich erwarte umgehend Lieferung“ dürfte genügen. Die Frage nach der Angemessenheit ist nicht objektiv zu beurteilen, sondern nur nach den dem Gläubiger bekannten oder bekannt sein sollenden Umständen (13—17).

c) Seinen Willen, statt der Erfüllung Schadensersatz zu verlangen oder zurückzutreten, braucht der Gläubiger bei der Fristsetzung noch nicht hervortreten zu lassen (a. M. Düringer-Hachenburg); mit der Fristbestimmung, mindestens ihr zeitlich folgend, ist vielmehr nur eine Erklärung abzugeben, aus der erhellt, daß der Gläubiger von dem Rechte auf Erfüllung endgültig Abstand nimmt (18, 19).

d) Die Anzeige kann schon zugleich mit der den Verzug begründenden Mahnung wirksam erfolgen, ja selbst kurz vor der Erfüllungszeit bei begründeter Voraussicht der Nichterfüllung (19).

e) Die Klage auf Erfüllung, und selbst das auf Erfüllung lautende rechtskräftige Urteil schließen die Geltendmachung der anderen Rechte aus § 326 nicht aus. Eine Häufung der Erfüllungsklage mit der Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist nur im Falle des § 326 Abs. 2 statthaft (23—25).

f) Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung geht nicht auf Erfüllung, und es fällt deshalb die beiderseitige Erfüllung, Leistung und Gegenleistung, fort; der Schadensersatz kann nur in Geld bestehen (26 f., 38).

2. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 71 ff.: Verläßt der Arbeiter grundlos die Arbeit, so gerät er bis zum Ende der Vertragsdauer in Leistungsverzug; denn bei der Arbeitsleistung im gewerblichen Arbeitsvertrage handelt es sich normalerweise nicht um die Bewirkung einer einmaligen, auf einen bestimmten Zeitpunkt sich konzentrierenden Leistung, sondern um die Entwickelung einer zusammenhängenden, ununterbrochenen Tätigkeit während des Arbeitsverhältnisses. Dieser Leistungsverzug hat aber in den meisten Fällen eine Leistungsunmöglichkeit zur Folge, da die Einhaltung der maßgebenden Arbeitszeit, wie Planck in den Vorbem. zu §§ 275—280 sagt, „einen integrierenden Bestandteil des Inhalts der Leistung“ bildet, einen „so wesentlichen Bestandteil des Schuldverhältnisses, daß die Leistung zu einer anderen als der bestimmten Zeit als eine ganz andere Leistung erscheint“, und somit die dem Arbeiter obliegende Leistung, falls er die maßgebende Arbeitszeit ohne Arbeit hat verstreichen lassen, gerade für diese Zeit unmöglich geworden ist (ebenso wie umgekehrt beim Annahmeverzuge des Arbeitgebers). Die Folgen des Verzugs sind deshalb nicht nach § 326, sondern nach § 325 zu bestimmen.

3. Düringer und Hachenburg, HGB. III 52, 108 ff. halten gegen Kohler und Romeick (vgl. JDR. **1** § 433 Ziff. 5) die Abnahmepflicht für eine selbständige Verpflichtung des Käufers, durch deren Nichterfüllung der Käufer in Leistungsverzug mit der im § 326 bezeichneten Folgen gerät. Vgl. auch JDR. **1** § 326 Ziff. 7b und unten Ziff. 4d zu § 433. Dagegen Müller, BadRpr. **03** 334 und **RG. 53** 161, JW. **03** 23, Seuff. A. **59** 4, R. **03** 290: Es wird Verzug mit der Leistung vorausgesetzt, welche die Hauptleistung oder doch eine der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistungen des Schuldners ist; da bei Kaufverträgen über bewegliche Sachen, namentlich auch bei Handelskäufen, die Abnahme der gekauften Sache seitens des Käufers in der Regel weder dessen Hauptleistung noch eine der Hauptleistungen desselben ist, so kann der Verkäufer aus dem Verzuge des Käufers mit der Erfüllung dieser Abnahmeverpflichtung allein die Rechte aus Satz 1 und 2 des § 326 Abs. 1 nur dann herleiten, wenn die Abnahme nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles eine der noch nicht erfüllten Hauptleistungen des Käufers ist (als welche unter allen Umständen

die Zahlung des Kaufpreises anzusehen ist). A. M. OLG. Colmar, R. **03** 429. Wie das **RG.** dagegen OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 104: Unter „Leistung" im Sinne des § 326 ist dasjenige zu verstehen, was für die Gegenleistung das Entgelt ausmacht, was dem anderen Vertragsteile für seine Leistung den eigentlichen Ersatz bietet, den Gegenwert für seine Leistung.

RG. JW. **03** Beil. 79 Nr. 180: Verzug in der Verpflichtung, Ware abzurufen, ist lediglich Verzug in der Annahme, Gläubigerverzug, der die Anwendung des § 326 nicht rechtfertigt. S. auch o. zu § 297.

RG. 53 223, BadRpr. **03** 98: Eine aus § 326 hergeleitete Schadensersatzforderung, die sich gegen den Besteller eines Werkes richtet und sich darauf stützt, daß dem Besteller ein Verzug in der Annahme des Werkes zur Last fällt, hat zur Voraussetzung, daß es sich um ein fertiggestelltes Werk handelt; für den Fall des Annahmeverzugs bei nicht vollendetem Werke ist die Anwendung des § 326 ausgeschlossen, vielmehr sind hier die §§ 642, 643 und 645 maßgebend.

4. Hangen, DJZ. **03** 49 f.: Bei dem dispositiven Charakter der Vorschrift können die Vertragschließenden ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, daß im Falle der Verweigerung der Erfüllung seitens des einen Teiles der andere Teil befugt sein soll, unter Ausschließung des Anspruchs auf Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. Ein dahin gehender Handelsgebrauch ist, sofern er den Beteiligten bekannt ist oder diese den Willen haben, im Einklange mit der herrschenden Sitte zu verfügen, in Ermangelung einer entsprechenden Abrede kraft stillschweigender Vereinbarung Bestandteil des Vertrags geworden; er kann dies kraft § 157 auch ohne Kenntnis und ohne Willen der Vertragschließenden werden. Ebenso **RG.** JW. **02** 28.

5. **RG. 54** 98, JW. **03** 55, Seuff. A. **59** 32, DJZ. **03** 215: Bei gegenseitigen Verträgen ist zuzulassen, im Wege der Analogie auch aus positiven Vertragsverletzungen des einen Teiles dem anderen Teile die im § 326 ausgesprochenen Rechte dann zu gewähren, wenn durch jene Vertragsverletzung die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird; in Übereinstimmung mit Staub (vgl. JDR. **1** § 326 Ziff. 5), Düringer-Hachenburg, HGB. III 72, 73 und Müller, BadRpr. **03** 334 gegen Dernburg, DJZ. **03** 1 ff. (s. unten zu §§ 459 ff.).

6. Sukzessivlieferungsgeschäft.

a) OLG. Naumburg, R. **03** 290: Der Käufer, der beim Sukzessivlieferungsgeschäfte die mangelhaften Raten schon angenommen hat, braucht nicht erst die Lieferung einer weiteren mangelhaften Rate abzuwarten, durch deren Zurückweisung und das Verlangen vertragsmäßiger Lieferung den Verkäufer in Verzug zu setzen und dann zurückzutreten; vielmehr kann er sofort, wenn sich bei der Untersuchung der gelieferten Rate herausstellt, daß sie mangelhaft ist, und zugleich nach den Umständen zu erwarten ist, daß die anderen Raten ebenso sein werden, im Wege der Wandelung die Aufhebung des Kaufvertrags zugleich bezüglich der geschehenen und der noch ausstehenden Teillieferungen verlangen. Die Frage, ob die Mangelhaftigkeit der künftigen Lieferungen mit Sicherheit anzunehmen ist, ist auch bei Lieferung generell bestimmter Sachen nicht unbedingt zu verneinen, da die Umstände ergeben können, daß, wenn auch objektiv die Möglichkeit besserer Lieferung besteht, der Verkäufer hiervon doch keinen Gebrauch machen wird (vgl. aber **RG.** JW. **03** 15).

b) OLG. **8** 72 (KG.): Bei einem einheitlichen in Raten zu erfüllenden Kaufgeschäfte darf der Käufer schon wegen vertragswidriger Beschaffenheit der ersten Lieferung nach § 326 vom ganzen Vertrage zurücktreten.

c) **RG.** **53** 161, JW. **03** 23: Der Verkäufer kann gegenüber dem säumigen Käufer bei Sukzessivlieferungen sein Rücktritts- oder Schadensersatzrecht auf die vom Verzuge getroffenen Raten beschränken. (OLG. Posen, R. **03** 400 f., unten Ziff. 5 zu § 462, vgl. auch zu §§ 459 ff.).

7. **RG.** JW. **03** 140, R. **03** 604: § 326 findet bezüglich des Schadensersatzanspruchs auch dann Anwendung, wenn ein Dritter durch Abtretung die Rechte des einen Teiles aus dem Vertrag erwirbt, ohne gleichzeitig auch durch Übernahme der Gegenleistungspflicht in die Passivseite des Vertrags einzutreten.

8. Fristsetzung.

a) Liebe, Das Bürgerliche Recht 259 Anm. 5, 209 Anm. 12, hält eine unangemessene kurze Frist für gänzlich wirkungslos (ebenso v. Müller, dagegen Romeick, vgl. JDR. **1** § 326 Ziff. 2 u. 1). Dagegen ist OLG. 8 40 (Hamburg) der Ansicht, daß es nur darauf ankomme, ob dem Kläger eine angemessen lange Frist belassen ist, um das bisher Versäumte nachzuholen, nicht darauf, daß die gesetzte Frist angemessen ist.

b) Kipp, in der Festgabe für Koch 130: Die Fristsetzung ist ein Rechtsgeschäft und deshalb nicht mehr einseitig widerruflich, doch kann der Gläubiger während des Laufes der Frist alle Schritte zur Beitreibung der geschuldeten Leistung tun; erst nach Fristablauf ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Auch das **RG.** **53** 161, JW. **03** 23 hält die einseitige wirksame Zurücknahme der Erklärungen nach dem 1. und 2. Satze des Abs. 1 als einseitiger empfangsbedürftiger, also nicht annahmebedürftiger Rechtsgeschäfte, für unzulässig.

c) OLG. Breslau, R. **03** 339: Fristsetzung (abgesehen von Abs. 2) nur dann nicht nötig, wenn der Leistungspflichtige die Erfüllungsweigerung dem Vertragsgenossen in einer Weise mitgeteilt hat, daß darin unbedenklich der Verzicht auf die Fristbestimmung gesehen werden konnte. Bei Aufgabe der Weigerung vor der Entschließung des Vertragsgenossen zum Schadensersatz oder zum Rücktritt ist nachträglich die Frist mit der gesetzlich vorgeschriebenen Erklärung zu bestimmen.

RG. JW. **03** 43: Keine Fristsetzung erforderlich bei bestimmter und ernstlicher Erfüllungsweigerung. Ebenso OLG. Colmar, R. **03** 429, OLG. Dresden, SächsA. **13** 378, Düringer-Hachenburg III 76; Müller, BadRpr. **03** 334. **RG.** JW. **03** 139: Das gilt auch entsprechend für den Fall, wenn der säumige Vertragsteil die Bewirkung seiner Leistung von ganz unzulässigen Bedingungen abhängig macht. Vgl. JDR. **1** § 326 Ziff. 6.

d) **RG.** **53** 70, PosMschr. **03** 3 f.: Beim Verzug in der Abnahme eines gekauften Grundstücks muß der Verkäufer dem Käufer bei Bestimmung der Frist zur Entgegennahme der Auflassung Ort und Tag der Auflassung angeben.

9. Düringer-Hachenburg, HGB. III 101: Das Wahlrecht kann wirksam schon mit der Fristsetzung, ja es kann schon im voraus vor Eintritt des Verzugs erklärt werden. Vgl. **RG.** **52** 151, wonach die Erklärung, statt Erfüllung Schadensersatz zu verlangen, im Falle zum voraus erklärter ernstlicher Weigerung auch schon vor Ablauf der Lieferungszeit abgegeben werden kann.

10. Goldmann-Lilienthal (2) I 380 f.: Wenn auch die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs an eine bestimmte Frist nicht gebunden ist, wird doch bei erheblicher Verzögerung der Anspruch ausgeschlossen sein, falls bei einer Auslegung des Vertrags, wie sie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, die Leistung zur Zeit der Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr als von den Parteien vereinbart angesehen werden kann.

11. Schadensersatzanspruch: a) Düringer-Hachenburg, HGB. III 78f. vertreten die Ansicht, daß der Käufer, der Schadensersatz beansprucht, zur Leistung des Kaufpreises nicht verpflichtet bleibt, da Gegenstand des Schadensersatzes nicht der Schaden ist, der speziell das Surrogat der nicht erfüllten Verpflichtung des Verkäufers ist, sondern derjenige, der dem Käufer durch die Nichterfüllung des ganzen Vertrags entsteht. Ebenso Müller, BadRpr. **03** 334. Vgl. über die Streitfrage JDR. **1** § 325 Ziff. 3, § 326 Ziff. 8.

b) **RG. 53** 11, JW. **03** 7: Gegenüber dem Zahlung weigernden Käufer bedarf es zur Anstellung der Schadensersatzklage wegen Nichtzahlung keiner vorgängigen Fristsetzung seitens des Verkäufers.

Zur Feststellung des Schadens darf der Verkäufer die Ware in geeigneter Weise veräußern, ohne an die Formvorschriften des Selbsthilfeverkaufs gebunden zu sein; er ist jedoch zum Verkaufe nicht verpflichtet und kann seinen Schaden auch in jeder anderen Weise liquidieren. Der Verkauf erfolgt nicht auf Rechnung des Käufers, sondern des Verkäufers.

RG. 52 151: Unter Umständen kann auch ein vor dem eingetretenen Verzuge des Käufers abgeschlossener Deckungskauf der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden (vgl. **RG. 4** 69, **15** 66); so, wenn der Schuldner ernstlich erklärt, daß er auf keinen Fall liefern werde, und der Gläubiger zur Erfüllung der seinerseits übernommenen Verbindlichkeiten zum voraus sich sichern muß.

OLG. Breslau, R. **03** 359: Bei verabredeten Teilleistungen hat die Eindeckung mit später fällig werdenden Lieferungen in der durch den Vertrag vorgesehenen Weise zu erfolgen. Es darf nicht auf Borg gekauft werden, wenn der Preis nicht gestundet war, ebensowenig dürfen später fällige Teile zur sofortigen Lieferung angeschafft werden.

12. Absatz 2 a) Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach dem BGB. 66: In dem Falle des § 326 Abs. 2 (und bei ernsthafter Erfüllungsweigerung trotz Verzugs, wo es einer Fristsetzung nicht bedarf) bedeutet die Ausübung des Rücktrittrechts nicht, wie sonst, wo bereits mit dem Ablaufe der Frist kraft Rechtens die gegenseitigen Leistungspflichten aufgehoben werden, lediglich den Verzicht auf Schadensersatz und die Rechte aus § 323, vielmehr bewirkt hier die Erklärung des Rücktritts zugleich und vornehmlich die Auflösung des Vertrags. A. M. Schöller, Gruchots Beitr. **45** 519, 526, **44** 641.

b) Josef, Gruchots Beitr. **47** 492: Abs. 2 findet Anwendung im Falle des Verzugs des Hofbesitzers bei Altenteilsleistungen, da sie zum Unterhalte des Altsitzers während eines bestimmten Zeitabschnitts bestimmt sind, sie aber den Zweck der Versorgung für den ganzen bestimmten Zeitraum im Falle verspäteter Leistung nicht erfüllen können.

§ 327. **RG. 52** 315: Im Falle Vorhandenseins eines besonderen Interesses am Rücktritt ohne Fristbestimmung hat der Rücktretende nicht die Verpflichtung, das Rücktrittsrecht sofort geltend zu machen; dem anderen Teile ist es überlassen, den Weg des § 355 (Fristbestimmung) einzuschlagen.

Dritter Titel.

Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328. 1. Scheda, Gruchots Beitr. **47** 98—103: Der Adressat der Postanweisung, wie jeder Postsendung, hat kein selbständiges Forderungsrecht gegen die Post. Dieses kann deshalb nicht gepfändet werden; einer Pfändung steht auch schon die Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses im Wege. Ebenso Hertz, DJZ. **03** 390 ff. gegen die Zulässigkeit der Pfändung, da nach den nur

analog anzuwendenden Normen des bürgerlichen Rechtes ein Versprechen der Leistung an einen Dritten nicht vorliegt. Vgl. zu § 783 u. JDR. **1** § 328 Ziff. 4.

2. Rundnagel, Egers eisenb. E.u.A. **19** 278 ff.: Der Frachtvertrag ist mit Hellwig als Vertrag zugunsten Dritter zu charakterisieren; der Empfänger wird erst mit dem Zeitpunkte des Eintreffens des Gutes am Bestimmungsorte neben dem Absender Gläubiger.

§ 329. 1. Hellbach, R. **03** 546: Der Übernehmer genügt seiner Verpflichtung aus der Erfüllungsübernahme (ebenso im Falle des § 415 Abs. 3) schon dadurch, daß er die Befreiung des Schuldners durch den Gläubiger herbeiführt.

2. **RG.** SächsA. **13** 341: Die Girobank übernimmt eine Verpflichtung gegenüber dem Anweisungsempfänger jedenfalls nicht früher als durch Gutschreibung des angewiesenen Betrags auf dem Konto des Anweisungsempfängers (vgl. Cohn, Endemanns Handb. des d. Handelsr. III 1041 ff.; Cosack, Lehrbuch des Handelrechts (6) § 62 288 ff.; Brodmann, Goldschmidts Ztschr. **48** 121 ff.; Goldschmidt, System des Handelsrechts im Grundriß (4) 217); demgemäß gelangt auch die Girozahlung zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger erst mit dieser Gutschrift zur Perfektion.

3. OLG. (Rostock) **8** 41: Ein als Erfüllungsübernahme sich charakterisierendes Schuldversprechen kann wie jedes andere Schuldversprechen auch abstrakt abgegeben werden und bedarf dann nach § 780 der schriftlichen Form.

§ 330. Josef, Gruchots Beitr. **47** 481 ff., über bäuerliche Gutsüberlassungsverträge:

a) Die Eintragung der in einmaliger Lieferung von Gebrauchsgegenständen (z. B. Wäsche, Betten, Möbel, Tiere) bestehenden Abfindungen, wie sie bei bäuerlichen Gutsüberlassungen der Erwerber den Kindern der Überlasser verspricht, ist unzulässig, da eine solche Verpflichtung weder Hypothek noch Reallast ist; daher kann die Eintragung auch nicht erfolgen, wenn die Verpflichtung des Erwerbers dahin geht, den Gebrauchsgegenstand zu liefern oder eine Geldabfindung zu zahlen (481—484).

b) Die übliche Abrede, daß die Abfindung bei der Volljährigkeit, Heirat, Selbständigkeit der Geschwister zu leisten ist, enthält nicht eine Bedingung, sondern eine bloße Zeitbestimmung, indem nach der Absicht der Beteiligten der Wegfall des Unterhalts auf dem Grundstücke, folglich auch der Tod des Gläubigers die Fälligkeit der Leistung herbeiführen soll. Das Recht auf die Leistung geht daher auf die Erben der Geschwister über, und der Tod der berechtigten Geschwister befreit den Schuldner nur, wenn klar erhellt, daß das Erleben der Volljährigkeit usw. als Bedingung der Leistung gedacht war (484—487).

c) Ist die Fälligkeit in der gedachten Weise vereinbart, so ist hiermit nicht die Zeit der Fälligkeit nach dem Kalender bestimmt, sondern nur ausgedrückt, daß der Gläubiger vor jenem Ereignisse nicht fordern darf; es bedarf also einer Mahnung nach erlangter Volljährigkeit usw. Es gilt ferner als stillschweigend vereinbart, daß, wenn dem Schuldner der Eintritt des Ereignisses nicht bekannt ist, ihm auch nach der Mahnung eine angemessene Frist zur Beschaffung von Leistungsmitteln zu lassen ist (489—491).

d) Das Recht auf die Abfindungen, die erst nach dem Tode der überlassenden Eltern zu leisten sind, erwerben die berechtigten Geschwister schon mit dem Vertragsschlusse; denn die Überlassung enthält eine antezipierte Erbfolge, eine endgültige Abfindung der Geschwister. Die Überlasser können folglich auf die Abfindung nicht mehr zu ungunsten des berechtigten Kindes verzichten, und

das Recht auf die Abfindung geht, wenn das berechtigte Kind vor der Fälligkeit stirbt, auf seine Erben über (487—489).

e) Gerät der Schuldner mit der Leistung des Gebrauchsgegenstandes in Verzug, so kann der Gläubiger nur auf Leistung der Sache klagen, nicht aber deren Wert verlangen. Er kann auch nicht auf Grund des § 255 ZPO. in Verb. mit § 326 BGB. auf Zahlung für den Fall klagen, daß die Leistung des geschuldeten Gegenstandes nicht in bestimmter Frist erfolge (492—495).

f) Der Leistungsort wird durch Verzug des Schuldners an sich nicht geändert, doch kann der Schuldner aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes infolge des Verzugs zum Bringen der Sache verpflichtet sein, wenn der Gläubiger sich vergeblich zur Abholung auf des Schuldners Grundstück eingefunden hatte, da nur so der Zustand hergestellt wird, der bestehen würde, wenn der Verzug nicht eingetreten wäre (495—497).

§ 331. Josef, Gruchots Beitr. **47** 489: Absatz 1 als Auslegungsregel gilt für bäuerliche Gutsüberlassungsverträge nicht. Vgl. zu § 330 unter d.

§ 333. Liebe, Das Bürgerliche Recht 262 f. Anm. 4 wie Holl, vgl. JDR. **1** § 333 Ziff. 3.

Vierter Titel.
Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 336. 1. Rosenberg, AzivPr. **94** 32 f.: Beweist der Kläger, daß bei Eingehung des Vertrags etwas als Draufgabe gegeben sei, so hat er damit den Vertragsschluß bewiesen; dem Beklagten steht demgegenüber der Nachweis offen, daß die Draufgabe einen anderen Zweck gehabt habe, als das Zustandekommen des Vertrags zu bekunden. Ebenso die dort Anm. 46 angeführte Literatur und Rechtsprechung.

2. Goldmann-Lilienthal (2) I 391 Anm. 1: Der Abschluß des Gesindedienstvertrags im Gebiete der preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 ist jetzt von der Hingabe des Mietsgeldes unabhängig. Ebenso Nußbaum, Seyffarth zu § 22 der Ges.Ordn., Stranz-Gebhardt im Anhange z. AG. z. BGB., Gentzen, JW. **01** 694 f. und die dort angeführte Entscheidung des Landgerichts Dortmund. A. M. KG., DJZ. **03** 575 und Lindenberg Anm. 1 zu § 23 Ges.Ordn.

§ 337. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 31 f.: Beim gewerblichen Arbeitsvertrage wird man bei der Ähnlichkeit, welche die Dienstboten im Sinne der Gesindeordnung und die hier hauptsächlich in Betracht kommenden gewerblichen Arbeiter einnehmen, als Willen der Parteien annehmen dürfen, daß die Anrechnung der Draufgabe nur in dem von den Gesindeordnungen vorgesehenen beschränkten Rahmen stattfinden solle.

Zu §§ 339 ff. 1. Eck-Leonhard, Vorträge 329:

a) Die Vertragsstrafe kann auch als Leistung an einen Dritten bestimmt werden, abweichend vom preußischen Rechte (§ 309 I. 5 ALR.).

b) Eine Verwirkung der Rechte aus dem Hauptvertrage, z. B. clausula cassatoria, Exmission bei Nichtzahlung des Mietzinses bis zum Dritten des Monats, Aufhebung des Versicherungsvertrags für den Fall unrichtig gemachter Angaben, kann nicht Gegenstand der Vertragsstrafe sein (vgl. § 360).

2. Köhne, Die Arbeitsordnungen im Deutschen Gewerberecht (1901) 140 ff.: Vertragsstrafen sind auch die im § 134 b Ziff. 4 GO. erwähnten Strafen. Ebenso Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag 145.

§ 339. 1. Leske 154 Anm. 1: Zur Begründung des Anspruchs auf die Vertragsstrafe gehört die Behauptung des Versprechens und des Verwirkungs-

grundes; demgegenüber hat der Beklagte den Mangel eines Verschuldens darzulegen (RG. **20** 33, 106). Vgl. JDR. **1** § 339 Ziff. 6.

2. Marwitz, Der Bühnenengagementsvertrag (1902): Die Vertragsstrafe ist auch dann verwirkt, wenn der Berechtigte an der Erfüllung ein in Geld abschätzbares Interesse nicht hat (150).

3. Wendt, A.zivPr. **92** 117: Satz 2 gilt auch für den nicht akzessorischen Strafvertrag des § 343 Abs. 2.

4. Titze, Unmöglichkeit 103, erfordert auch im Falle des Satzes 2 Verschulden, gegen die herrschende Ansicht und die Materialien. Nach Kisch, KrVSchr. **44** 523, tritt die Verwirkung nicht bei zufälliger Unmöglichkeit der Unterlassungspflicht ein.

Eck-Leonhard, Vorträge 331, billigt die Ansicht Cosacks, daß ein Fabrikbeamter die auf die Verletzung des Fabrikgeheimnisses gesetzte Vertragsstrafe zu entrichten habe, selbst wenn ihm das Geheimnis durch Drohungen mit einer geladenen Pistole abgepreßt worden sei. Leonhard, Anm. 4 dazu, will mit § 242 helfen, er meint, daß § 339 nur den Ausdruck „Verzug" für die Nichterfüllung der strafbaren Unterlassungszusage ablehnt, nicht aber, daß sie nach dem Vertragsinhalte zu vertreten sein muß, wenn sie verfallen soll.

5. KGBl. **14** 100 (KG.): Verspricht der Vermieter eine Vertragsstrafe, wenn das Lokal nicht bis 1. Oktober „fertig ist", so ist die Strafe verwirkt, auch wenn die Fertigstellung ohne Verschulden des Vermieters verzögert wird, da § 339 nicht zwingendes Recht und anzunehmen ist, daß er für die Erfüllung in demselben Umfang einstehen sollte, wie nach § 538 für einen beim Abschlusse des Vertrags vorhandenen Mangel.

§ 340. Titze, Umöglichkeit 157ff.: Im Falle teilweiser Unmöglichkeit schließen sich die Leistung des noch möglichen Teiles und die Zahlung der Vertragsstrafe gegenseitig aus; und zwar kann der Gläubiger, wenn er erklärt, daß er die z. T. mögliche Erfüllung (und Schadensersatz wegen des unmöglichen Teiles) wähle, von dieser Erklärung wieder abgehen und Zahlung der Strafe verlangen, solange er noch nicht den möglichen Teil der Leistung ganz oder teilweise empfangen hat. Vgl. oben zu § 325 Ziff. 1.

Kisch, KrVSchr. **44** 533 weist demgegenüber darauf hin, daß vielfach nach dem ausdrücklich erklärten oder stillschweigenden Willen der Parteien die Vertragsstrafe in dem Sinne zugesagt wird, daß einem bestimmten Teile der Erfüllung eine gewisse Quote der Vertragsstrafe entsprechen soll (z. B. für jeden Sack des zu liefernden Getreides 5 M.), und daß hier bei teilweise verschuldeter Unmöglichkeit der Gläubiger nur den übrig gebliebenen Teil und neben diesem eine dem Reste entsprechende Quote der Vertragsstrafe verlangen dürfte.

§ 341. Zu Abs. 3. RG. **53** 358: Ein Vorbehalt des Bürgen genügt nicht. Einen Vorbehalt des Hauptschuldners hat der Bürge zu beweisen.

OLG. Breslau, R. **03** 291: Die Erklärung des Vorbehalts auf die Vertragsstrafe braucht bei der Erfüllung in Teilen erst bei der Annahme der Schlußlieferung abgegeben zu werden, so daß, wenn diese unterbleibt, das Recht zur Strafe durch die vorbehaltlose Annahme der anderen Leistungsteile nicht verloren geht.

§ 342. Lotmar, Der Arbeitsvertrag 456: Die Lohnverwirkung ist eine Vertragsstrafe, der Arbeiter verspricht eine Duldung fremden Lassens (der Nichtzahlung) zu fremdem Vorteil auf eigene Kosten. Dagegen Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 136ff., insbes. 143, der die Lohnverwirkungsabrede als ein Rechtsgeschäft ansieht, durch das der Arbeiter sich verpflichtet, die Aufrechnung einer dem Arbeitgeber in Zukunft etwa erwachsenden Gegenforderung auf die

Lohnforderung zuzulassen. Auch Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung (1902) 112 f., gegen die Auffassung als Vertragsstrafe.

§ 343. 1. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 147: § 343 findet auf die Geldstrafen, für die § 134 b GO. in Betracht kommt, keine Anwendung, da hier der Gesetzgeber schon durch § 134 b Abs. 2 GO. diejenige Beschränkung der Strafbefugnis gegeben hat, welche er für angemessen und notwendig erachtet hat.

2. Marwitz a. a. O. 153 Satz 3: Die Vereinbarung, daß die Herabsetzung durch den Richter ausgeschlossen sein soll, ist nichtig (§ 153 Satz 3).

3. Siber, Rechtszwang 150 ff.: a) Der Antrag auf Herabsetzung kann sowohl im Wege der Klage wie in dem der Einwendung gestellt werden; der Beklagte braucht nicht etwa Widerklage zu erheben. A. M. Planck, Schollmeyer, ebenso Dernburg, Rehbein, Oertmann, Neumann, Zitelmann. **RG.** JW. **03** 96, OLG. 8 43 (Dresden). Vgl. JDR. **1** § 343 Ziff. 2.

b) Die Klage ist nicht, wie Hölder, R. **00** 162, Buschs Z. **29** 76, meint, eine Feststellungsklage, sondern auf Rechtsänderung gerichtet. Ebenso Goldmann-Lilienthal (2) I 397.

c) Die Angemessenheit ist nach der Zeit des Verfalls, nicht der Vereinbarung zu beurteilen.

4. Eck-Leonhard, Vorträge 336, hält gegen Goldmann-Lilienthal eine ziffernmäßige Bezeichnung der Summe, auf welche die Vertragsstrafe ermäßigt werden soll, seitens des Klägers nicht für notwendig.

5. Aus der Rechtsprechung.

RG. 53 420: § 343 hat keine rückwirkende Kraft (vgl. auch **RG.** JW. **00** 855) und findet, wenn die Vertragsstrafe vom Schuldner vor dem 1. 1. 00 versprochen worden, auch dann keine Anwendung, wenn die Strafe nach jenem Zeitpunkte verwirkt ist. A. M. LG. Eisenach, GewGer. 8 27. Vgl. JDR. **1** § 343 Ziff. 6 b.

OLG. Stettin, R. **03** 526: Herabsetzung auch dann zulässig, wenn der Schuldner zum größten Teile seiner Verpflichtung, z. B. in einer bestimmten Stadtgegend eine Gastwirtschaft während einer Frist von 2 Jahren nicht zu eröffnen, nachgekommen war und die Verwirkung erst gegen Ende der Frist geschah.

OLG. **6** 232 (KG.): Die Anzahlung des im Verzugsfalle verwirkten Kaufgeldes ist keine „Entrichtung" der Strafe; die Entrichtung muß vielmehr gutwillig und nach der Verwirkung der Strafe erfolgt sein.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **24** Beibl. 286: Beantragt der Kläger, von der Zahlung der Strafe ganz befreit zu werden (z. B. wegen Nichtigkeit der Abrede), so ist der Antrag, eventuell wenigstens teilweise von derselben befreit zu werden, darin implicite enthalten; der Kläger braucht sich nicht ausdrücklich auf § 343 zu berufen.

6. Abs. 2. Eck-Leonhard, Vorträge 326, führt als Beispiele an: Ein Ehemann verspricht bei 300 M. Strafe, seine Frau nicht wieder zu beschimpfen, oder nicht mehr Hazard zu spielen, oder sich nicht mehr zu betrinken. Eck nimmt hier (gegen Eccius) nicht eine Haupt- und eine Nebenschuld nebeneinander an, sondern nur ein Versprechen, Strafe zu leisten. Ebenso Wendt, A.zivPr. **92** 115 ff.

Siber a. a. O.: a) Die Strafvereinbarung für Nichtleistung von Diensten ist trotz § 888 Abs. 2 ZPO. zulässig (33). b) Für den Verfall der Strafe werden in der Regel die Vorschriften über Vertragsstrafen mit zugrunde liegender Hauptverpflichtung entsprechend anzuwenden sein, insbesondere also die Vorschriften über den Eintritt des Leistungs- und Annahmeverzugs.

§ 344. 1. Hilse, GewGer. **9** 13 und R. **03** 480f.: Die zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern getroffene Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des Beitritts zu einer Arbeiterorganisation verstößt, insbesondere wenn die Arbeitnehmer für diesen Fall sich der sofortigen kündigungslosen Entlassung unter Verzicht auf die durch die Arbeitsordnung eingeführte 14tägige Kündigungfrist unterwerfen, gegen §§ 152, 122, 134c GO. und ist deshalb, wenn nicht schon nach § 138 BGB. nichtig, unwirksam. Vgl. RG. JDR. **1** § 344.

2. Siber a. a. O. 33f.: Die Bestimmung gilt auch, wenn die Parteien die Vorschrift dadurch zu umgehen trachten, daß sie nur eine Strafe ausmachen und die Vereinbarung einer Hauptverpflichtung, deren Unwirksamkeit sie kennen, unterlassen.

Die Strafvereinbarung für eine unwirksame Hauptvereinbarung ist nicht unter allen Umständen gleichfalls ungültig; auch ohne Bestätigung der Hauptvereinbarung können die Parteien eine Strafe vereinbaren, wenn das Hindernis für die Gültigkeit der letzteren weggefallen ist, oder wenn sie bei der Strafvereinbarung die für die unwirksame Hauptvereinbarung vorgeschriebene Form einhalten, da eine Umgehungsabsicht hier nicht vorliegt, und § 344 den Fall, wo gar keine Hauptverbindlichkeit geschlossen ist, nicht betrifft.

Hält man eine Forderung auf Leistungen ohne Vermögenswert für unwirksam, so könnte die Vereinbarung eines Strafversprechens durch „Konversion" (§ 140) als Strafversprechen für Unterbleiben einer nicht geschuldeten Leistung (§ 343 Abs. 2) aufrecht erhalten werden. Vgl. auch Kohler, JDR. **1** § 344.

Eck-Leonhard, Vorträge 327 Anm. 2, will dagegen den § 344 in entsprechender Weise auf die nichtakzessorischen Vertragsstrafen ausdehnen, z. B. auf das nicht als rechtsverbindlich gedachte Versprechen einer Mitwirkung an einer verbotenen Handlung, das nicht rechtsverbindlich sein soll, aber trotzdem durch bedingtes Strafversprechen gesichert wird. Entscheidend soll in solchen Fällen freilich nicht die Unwirksamkeit des Versprechens sein, wohl aber sein Widerspruch mit den Zielen des Rechtes. Ebenso nimmt Wendt, A.zivPr. **92** 115 Unwirksamkeit des Strafvertrags an, wenn das Versprechen der Leistung selbst für unwirksam gehalten werden müßte, z. B. das Versprechen einer Strafe für den Fall einer Testamentserrichtung oder -Aufhebung (§ 2302).

Fünfter Titel.

Rücktritt.

§ 346. 1. Alsberg, A.bürgR. **22** 98ff., hält die Beschränkung des Rücktritts auf einen Teil der gegenüberstehenden Verpflichtungen mit dem Wesen des Rücktrittrechts wohl vereinbar; so ist die Kündigung ohne Kündigungsfrist ein Rücktritt, bei dem die Auflösung des Schuldverhältnisses nicht auf den Beginn, sondern auf einen später liegenden Zeitpunkt zurückbezogen wird. A. M. Titze, Unmöglichkeit 286, 296; Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag 165 Anm. 4.

2. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, 113: Der Rücktritt kann nicht einseitig zurückgenommen werden, es bedarf vielmehr eines neuen Vertrags, auch dann, wenn noch kein Teil geleistet hat. JDR. **1** § 346 Ziff. 4.

3. Soweit nach § 346 eine Vergütung für die Überlassung der Benutzung einer Sache sowie für geleistete Dienste zu erfolgen hat, ist der gemeine Wert nicht das Interesse zu ersetzen. Fischer, Der Schaden 46.

4. Aus der Rechtsprechung:

RG. **54** 340, JW. **03** 79: Die Ausübung des vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktritts vom Kaufvertrage wirkt nicht dinglich (so daß die verkauften Sachen

infolge des Rücktritts unmittelbar wieder Eigentum des Verkäufers werden), sondern nur obligatorisch. Die Parteien können jedoch dem Rücktrittsrechte dingliche Wirkung geben, indem sie — wenigstens bei beweglichen Sachen — den dinglichen Vertrag von der auflösenden Bedingung der Erklärung des Rücktritts abhängig machen, die nach § 158 II dinglich wirkt.

OLG. Frankfurt, R. 03 291: a) Die Verpflichtungen der §§ 346 ff. bestehen nicht erst von der Zeit der Erfüllung und des ersten Erfüllungsakts an, sondern schon zur Zeit der Vertragsschließung aus dem mit dem Hauptvertrage verbundenen pactum displicentiae als bedingt beiderseits bereits gegebene. Es steht daher im Konkursfalle der Anwendbarkeit der §§ 53 ff. KO., nämlich einer Befriedigung des zurücktretenden Kontrahenten mittels Aufrechnung, nichts im Wege (§ 54 Abs. 1 KO.).

b) Die Rückgewährsansprüche aus §§ 346 ff. sind keine Ansprüche aus einer ungerechtfertigten Bereicherung.

BayrObLG., R. 03 504: Das dem Verkäufer eines Grundstücks für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises vertragsmäßig eingeräumte Versteigerungsrecht enthält nicht das Recht, vom Kaufvertrage mit der im § 346 bestimmten Wirkung zurückzutreten, sondern das Recht, das veräußerte Grundstück auf Rechnung des Käufers zu versteigern, um aus dem Erlöse Befriedigung für den Kaufpreis zu erlangen.

§ 351. **RG. 54** 219, JW. **03** 69: Auch dann ist eine Unmöglichkeit, die erhaltene Sache herauszugeben, für den Gewährleistungskläger vorhanden, wenn die Sache im Wege der Zwangsversteigerung an den Gewährleistungsbeklagten selbst zurückgelangt ist.

§ 355. Alsberg, A.bürgR. **22** 100: Die Bestimmung findet auch auf Kündigung ohne Kündigungsfrist Anwendung, da diese (vgl. zu § 346) begrifflich Rücktritt ist.

§ 357. Alsberg a. a. O.: a) § 357 ist nicht, wie Planck und Schollmeyer meinen, eine Erweiterung, sondern eine Beschränkung des § 389 (101 f.). b) § 357 findet auch bei der Kündigung ohne Kündigungsfrist seitens des Vermieters auf Grund der Exmissionsklausel Anwendung, und zwar nicht bloß im Wege der Analogie, wie Planck und Kiehl (JDR. **1** § 357 Abs. 3) wollen, da jene Kündigung wahrer Rücktritt ist (98 ff.). Vgl. o. zu § 346 Ziff. 1.

§ 361. 1. Düringer-Hachenburg, HGB. III 88: § 361 enthält eine Ausnahme nur von § 326 und nur insofern, als er die Vereinbarung eines Rücktrittrechts zugunsten des Käufers unterstellt; die übrigen Regeln des Gesetzes hinsichtlich der Erfüllung beim gegenseitigen Vertrag, insbesondere für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung, werden durch ihn nicht durchbrochen.

2. Liebe, Das Bürgerliche Recht 278: Verzug des Schuldners ist nicht Voraussetzung.

3. **RG.** Holdheims MSchr. **03** 151: Das Fixgeschäft verliert seinen Charakter dadurch nicht, daß der Käufer das Recht hat, auch täglich abzunehmen.

Dritter Abschnitt.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Erfüllung.

Vorbemerkung: Während in den Vorjahren die in diesem Titel behandelten Fragen Gegenstand zahlreicher und eingehender Erörterungen gewesen sind, finden sich im Berichtsjahre nur ganz wenige Schriften. Auch die Rechtsprechung hat im großen und ganzen keine Fragen von besonderer Bedeutung zu behandeln gehabt.

Literatur: Keyßner, Der Quittungsträger, in der Festgabe der Juristischen Gesellschaft in Berlin für Koch, 139 ff. Berlin 1903. — Klein, Die Natur der causa solvendi. — Martinius, Die Vorbehaltszahlung, Gruchots Beitr. **47** 760.

§ 362. 1. Klein, Die Natur der causa solvendi (s. insbes. 16 ff., 45 ff.), tritt der bisher herrschenden Ansicht, daß die causa solvendi bald Vertrag, bald einseitiges Rechtsgeschäft sei, entgegen. Die causa solvendi müsse sich deshalb stets vertraglich vollziehen, weil der Solutionseffekt stets derselbe sei, da in allen Fällen der Erfüllung eine Forderung, eine Vermögenspost im Gläubigervermögen durch die Leistung im Vermögen des Gläubigers getilgt werden solle. Die Natur der Leistung könne auf die Natur der causa keinen Einfluß haben. Sie beeinflusse vielmehr nur die Erklärung der causa-Offerte und deren Annahme. In den Fällen, in welchen zur Leistungsbewirkung die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich sei, genügten die Mit- und Bewirkungshandlungen zur Erklärung des Zwecksetzungswillens, des causa-Vertrags. In den Fällen, in denen diese Mitwirkung ausgeschlossen sei, müsse bereits im Abschlusse der Obligation die Annahme der causa-Offerte des Schuldners durch den Gläubiger erblickt werden (antizipierter causa-Vertrag) (52). Zum Abschlusse des causa-Vertrags sei die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Gläubigers erforderlich. Es könne aber der gesetzliche Vertreter des Gläubigers die causa-Offerte des Schuldners bereits durch den Abschluß der Obligation akzeptieren (62), und könne dann die Leistung auch an den beschränkt geschäftsfähigen Gläubiger bewirkt werden.

2. Erfüllung „unter Vorbehalt" (ohne weiteren Zusatz) ist nach Martinius, Die Vorbehaltszahlung, Gruchots Beitr. **47** 760 ff. Erfüllung unter der auf die Gegenwart gestellten Bedingung des Bestehens der Schuld und Verwahrungsvertrag beim Nichtvorliegen der Bedingung, Nichtbestehen der Schuld (bei Zahlungen „unregelmäßiger" Verwahrungsvertrag). Der Gläubiger braucht die Erfüllung unter Vorbehalt, unter einer Bedingung also, nicht anzunehmen. Mit der Annahme verzichtet er nicht auf das Recht, Beseitigung der Bedingung behufs Vervollständigung der Erfüllung zu fordern, ebensowenig wie er den Anspruch des Leistenden auf Rückforderung (aus der Verwahrung) anerkennt. Was der Leistende zurückbehält, der bedingte Anspruch auf Rückgewähr, deckt sich mit dem, was der Erfüllung fehlt, um vollständig zu sein. Nicht Feststellungsklage, sondern Leistungsklage, Klage auf den Rest durch Fallenlassen des Vorbehalts, Verzicht auf das Recht aus demselben, ist am Platze.

3. **RG.** JW. **02** Beil. 280: Der Satz, daß Nebenansprüche mit der vorbehaltlosen Annahme der Erfüllung des Hauptanspruchs erlöschen, ist dem BGB. fremd.

§ 364. 1. Kohler, v. Holtzendorff Encyklopädie I 669. Die Leistung an Erfüllungsstatt ist in zwei Fällen gesetzwidrig. Der eine Fall ist der des sog. Trucksystems (Ausnahmen vgl. §§ 115 ff. GewO.). Der zweite Fall ist die Hingabe an der Schwelle des Konkurses zur Zeit der Zahlungsunfähigkeit, nach der Zahlungseinstellung oder dem Konkurseröffnungsantrage; eine solche Leistung ist anfechtbar (§ 30 KO.).

2. Regelsberger, Iherings J. **46** 10 ff.: § 364 Abs. 2 umschließt auch die Novation, wie sie z. B. in jedem vertragsmäßigen Abrechnungsgeschäfte vorkommt. Sie liegt immer in der vertragsmäßigen Feststellung der Gesamtforderung, die sich auf jeder Seite durch Zusammenrechnung der Guthabensposten ergibt, möglicherweise auch in der Saldofeststellung.

3. **RG.** JW. **03** Beil. 96, CBlFrG. **4** 255: § 364 Abs. 2 ist einer der Anwendungsfälle der Novation, die das BGB. als besonderes Rechtsinstitut zwar nicht kennt, deren Gültigkeit aber aus dem Grundsatze der allgemeinen Vertragsfreiheit folgt (vgl. §§ 302 Abs. 2, 414, 779 und 782). Eine Novation liegt

aber nicht schon dann vor, wenn über ein altes Vertragsverhältnis eine neue Urkunde ausgestellt wird. Die Ausstellung einer solchen Urkunde bedeutet nicht die völlige Umschaffung des alten Vertragsverhältnisses in dem Sinne, daß die früheren Verbindlichkeiten durch neue ersetzt werden sollen. Selbst einer Umänderung der Bedingungen, unter denen der Kredit bisher gewährt war, würde diese Bedeutung nicht beigelegt werden können.

§ 365. **RG.** SächsA. **13** 337: Tritt der Schuldner eine ihm an einen Dritten zustehende Forderung seinem Gläubiger an Erfüllungsstatt ab und übernimmt er dabei die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Drittschuldners, so ist hier durch § 365 die Anwendung der im § 438 gegebenen Auslegungsregel nicht positiv vorgeschrieben. Daraus folgt indessen nicht, daß in einem solchen Falle nicht ebenfalls im Zweifel davon auszugehen sei, daß sich die Gewährleistung des Zedenten nur auf die Zahlungsfähigkeit des Drittschuldners zur Zeit der Abtretung beziehen solle, sei es, daß man eine solche Beschränkung der Haftung aus der Natur der Sache folgert, sei es, daß man analoge Anwendbarkeit der Vorschrift des § 438 annimmt. Hat der Zedent aber „die Haftung für die Güte der abgetretenen Beträge bis zur vollständigen Befriedigung des Zessionars" übernommen, so ist es unzweifelhaft, daß er durch seine Gutsage eine weitergehende Haftung hat übernehmen sollen und wollen, als nach § 438 im Zweifel anzunehmen sein würde.

§ 366. **RG. 55** 411, JW. **03** Beil. 140: Voraussetzung der gesetzlichen Anrechnung ist, daß der Schuldner dem Gläubiger aus einer Mehrheit von Schuldverhältnissen mit gleichartigen Leistungen verpflichtet ist. Soll also die Anrechnung einer Zahlung auf eine andere als die Klageforderung in Frage kommen, so muß vorerst von dem Kläger nachgewiesen worden sein, daß ihm Forderungen aus mehreren Schuldverhältnissen gegen den Beklagten zustehen. Erbringt er diesen Nachweis nicht, so ist die Zahlung des Beklagten als auf die von ihm allein geschuldete Klageforderung geleistet anzusehen, ohne daß nachzuweisen wäre, daß dem Kläger Ansprüche aus anderen Schuldverhältnissen nicht zustehen, oder daß die Anrechnung auf die Klageforderung von dem Beklagten bei der Zahlung bestimmt oder unter den Parteien vereinbart war. Aber auch wenn das Vorhandensein mehrerer gleichartiger Forderungen des Klägers gegen den Beklagten festgestellt wird, so können die Vorschriften des § 366 über die Anrechnung der Leistung beim Vorhandensein mehrerer Forderungen dazu führen, daß die Zahlung auf die Klageforderung angerechnet werden muß.

§ 368. 1. **RG.** SächsA. **13** 561: Ist in einer Quittung der gezahlte Betrag in Buchstaben und in Ziffern angegeben, so ist nicht zu verkennen, daß der Wortquittung ein gewisses Übergewicht über die Ziffernangabe zukommt. Wenn das Gericht aber anderen tatsächlichen Momenten im gegebenen Falle den Vorzug einräumt und aus dem in Worten geschriebenen Summenvertrage eine Beweiskraft der Quittung für die Zahlung der größeren Summe nicht zu entnehmen vermocht hat, so hat es gegen einen geltenden Rechtssatz nicht verstoßen. Ein solcher ist die unbedingte Geltung des in Worten ausgedrückten Summenbetrags vor dem in Ziffern ausgedrückten nur bei der Wechselurkunde (WO. Art. 5). Bei allen anderen Urkunden ist es Frage der tatsächlichen Würdigung, ob dem Summenbetrag in Worten oder Ziffern Glauben zu schenken ist.

2. LG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hauptbl. 191: Ein auf einem Konnossemente befindlicher Quittungsvermerk, der nicht unterschrieben ist, stellt keine Quittung im Sinne des § 8 Hamb. AG. z. HGB. dar. Auf Grund des § 368 kann in einem gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft getretenen Gesetze, wie dem geltenden Hamb. AG. z. HGB., nur ein schriftliches Empfangsbekenntnis verstanden werden. Fehlt hier die Unterschrift, so ist es nach §§ 125, 126 BGB. nichtig.

3. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 159 Anm. 1, betont gegen Neubecker, DJZ. **01** 256, daß die von Neubecker als obligatorisch von der Post einzuführende Einrichtung in Vorschlag gebrachte Maßregel, das im Postanweisungsverkehr übermittelte Geld nur gegen zwei Empfangsbescheinigungen auszuhändigen, indem außer der gewöhnlichen Quittung auch noch die Ausfüllung einer angebogenen für den Absender, den Gläubiger bestimmten Karte verlangt und diese alsdann dem Absender von der Post zurückgesandt werde, die Grundsätze des Quittungsrechts verletze. a) Für den Gläubiger besteht keine Pflicht, von der Freundlichkeit des Schuldners Gebrauch zu machen; bis zur Grenze der Angemessenheit steht die Form in seinem Belieben. b) Will der Schuldner Quittung in besonderer Form, so muß er ein rechtliches Interesse nachweisen, vorher aber erst die Quittungserteilung des Gläubigers abwarten. c) Der Gläubiger darf auf sein Recht aus § 369 verzichten und braucht sich nicht die Übernahme der Kosten durch den Schuldner gefallen zu lassen.

§§ 368, 369. OLG. **6** 271 (Hamburg), HansGerZ. **03** Beibl. 96, SchleswHolstAnz. **03** 201: Der Grundstückseigentümer kann von dem Hypothekengläubiger eine Quittung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form verlangen, wenn er ein rechtliches Interesse daran hat. Er muß die entstehenden Kosten auch dann tragen, wenn der Gläubiger zur Zeit der Eintragung krank war und seine Wohnung nicht verlassen durfte und zum Zwecke der Beglaubigung seiner Unterschrift einen Notar kommen ließ.

LG. I Berlin, KGBl. **03** 46: Verkehrssitte im Hypothekenverkehr ist, daß der Gläubiger, der notariell beglaubigte Quittung zu erteilen hat, sich zum Notar begibt und nicht diesen in die eigene Wohnung kommen läßt. Die dadurch entstandenen Mehrkosten hat der Schuldner nicht zu tragen. Anders, wenn der Gläubiger verhindert ist, die Beglaubigung beim Notar vornehmen zu lassen.

§ 369. AG. und LG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 208: Unter den Kosten, welche der Schuldner zu tragen hat, sind nur diejenigen zu verstehen, deren Aufwendung nach sachgemäßem Ermessen den Umständen des Falles nach erforderlich erschienen. Die Kosten, welche dadurch entstanden sind, daß die Klägerin, eine Bank, sich zur Aufsetzung der Quittung eines Anwalts bediente, sind nicht notwendige, da eine Bank, um eine derartige Erklärung aufzusetzen, offensichtlich nicht die Dienste eines Rechtsanwalts oder Notars in Anspruch zu nehmen braucht.

§ 370. Keyßner in der Festgabe der Juristischen Gesellschaft in Berlin für Koch 139 ff.: In dem Worte „Überbringer" könnte man eine Herkunft der Quittungsurkunde aus der Hand des Gläubigers finden behufs Aushändigung an den leistenden Schuldner; es wäre damit wieder zu dem „anvertrauen" des Allgemeinen Preußischen Landrechts (§ 130 I. 13) zurückgekehrt und dem Schuldner der Beweis aufgebürdet, daß der Gläubiger dem Dritten die Quittung übergeben habe in dem Bewußtsein, daß derselbe daraufhin zuständig sei, vom Schuldner die zu zahlende Summe in Empfang zu nehmen. Der Gang der Gesetzgebung weist nach, daß dieser Beigeschmack dem Worte nicht zugehören soll. Daher ist von Keyßner das Wort „Quittungsträger" gewählt.

Um die Tatsache des Überbringens der Quittung zu vollenden, muß dieselbe dem Schuldner ausgeliefert sein; ohne dies wird man zu der Tatsache des Überbringens nicht gelangen können. Ist die Quittung aus der Hand des Trägers in die Hand des Schuldners gelangt, so steht ihm aus der echten Unterschrift des Gläubigers die Erklärung desselben zur Seite, daß er die schuldige Leistung erhalten habe; aus der Tatsache des Überbringens der Quittung steht die Ermächtigung des Trägers zur Empfangnahme fest; die Kette ist geschlossen.

Der Vorfall kann sich nun mit mannigfachen Zwischenfällen entwickeln. Der Quittungsträger leitet seinen Besitz der echten Quittung nicht vom Aussteller her, er hat dieselbe unberechtigt vom Tische mitgenommen oder etwa gefunden; er erhebt die Leistung. Das fehlerhafte Erlangen der Quittung ist dem Schuldner verborgen; er hat keine Veranlassung zum Forschen, denn es liegen keine Umstände vor, die aus den bekannten ersichtlichen Tatsachen sich ergebende Ermächtigung zu erschüttern. Sind ihm dergleichen Umstände zur sinnlichen Wahrnehmung, zur Kenntnis gelangt, so ist damit die Ermächtigung erschüttert; die sonst mit dem Besitz in Zusammenhang stehende Berechtigung ist erledigt. Die Folgen aus solchen Umständen fallen dem leistenden Schuldner zur Last; der befreienden Leistung ist der Erfolg entzogen.

Hatte der Schuldner zur Leistung oder auch nur zur Aushändigung derselben sich eines Dritten bedient, so liegt die Entscheidung in dessen Kenntnis der Umstände bzw. der unterlassenen Folgerung aus denselben. Ausgeschlossen dürfte nicht sein, daß dem Schuldner der Vorwurf gemacht werde, er habe sich zur Hingabe der Leistung einer Person bedient, die zur Wahrnehmung verdächtiger Umstände unfähig gewesen sei. Eine den Schuldner befreiende Leistung kommt nicht zustande, wenn der Überbringer der Quittung nach Vorzeigung derselben die Leistung in Empfang genommen, die Quittung aber an sich behalten hat. Der Schuldner kann sich der vollzogenen Leistung zwar rühmen, aber ohne Erfolg gegen den Gläubiger, da dieser ihm den Vorwurf machen wird, daß er einem Nichtermächtigten geleistet habe, denn die Ermächtigung habe sich erst mit der Überbringung, d. h. der Hingabe der Quittung, bewahrheitet. Lieferte der zum Überbringen Bestimmte die Leistung dem Gläubiger ab und gab zugleich die Quittung an denselben zurück, so ist der Gläubiger bei Erledigung der Schuld nur eben in die Unbequemlichkeit versetzt, die Quittung dem Schuldner nachträglich zu übersenden und damit das Überbringen nachzuholen.

Übergibt dagegen, im umgekehrten Falle, der Quittungsträger in Erwartung der Leistung dem Diener des Schuldners die Quittung, ohne Leistung zu erhalten, da der Schuldner nicht anwesend ist, begibt sich darauf der letztere zum Gläubiger, wo er zwar nicht diesen, aber eine ihm unverdächtig erscheinende Person antrifft, der er die Schuldleistung übergibt mit dem Bemerken, daß er Quittung bereits erhalten habe, und unterschlägt der Empfänger die Summe, so kann sich der Schuldner nicht durch Vorlegung der echten Quittung verteidigen, da die Leistung nicht an den Überbringer der Quittung gegen Übergabe derselben gemacht ist. Der Schuldner ist die Quittung herauszugeben verpflichtet.

Hat der Gläubiger im voraus für eine an einem bestimmten Tage fällige Leistung eine Quittung ausgestellt und wird die Quittung von einem Nichtberechtigten an diesem Tage vorgelegt, so hat die Leistung befreiende Wirkung. Wird sie aber vor diesem Tage vorgelegt, so hat der Schuldner eine gesteigerte Verpflichtung zur Prüfung der Berechtigung.

§ 371. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1021: Die im Hinblick auf Art. 39 WO. und § 371 BGB. begründete Vermutung, daß durch freiwillige Herausgabe der Wechselurkunde an den Wechselschuldner die Wechselschuld getilgt sei, kann durch Gegenbeweis entkräftet werden. Vgl. unten zu § 812.

Zweiter Titel.

Hinterlegung.

Literatur: Kopf, Das Hinterlegungsverhältnis. Berlin 1903. — M. Sohm, Der Selbsthilfeverkauf nach dem BGB. und dem HGB., Goldschmidts Z. 53 379 ff.

§ 372. 1. **RG.** IW. **01** 515: Die Hinterlegung enthält eine Traditions- bzw. — bei Geld — eine Zessionsofferte (bezüglich des Anspruchs auf Aus-

zahlung). Vor erfolgter Annahme kann der Hinterleger noch wirksam die Rücknahme erklären. Hat er mehr hinterlegt, als er schuldet, und klagt er gegen die Beteiligten auf Erklärung der Einwilligung in die Zurückzahlung des zu viel Gezahlten, so hat diese Klage lediglich die Bedeutung einer Feststellungsklage dahin, daß dieselben noch keine endgültigen Ansprüche auf Auszahlung der Hinterlegungssumme erworben haben.

2. a) **RG. 53** 204, JW. **03** Beil. 34, HansGerZ. **03** Hauptbl. 73 ff.: Auch der Wechselschuldner kann wegen subjektiver Ungewißheit über die Person des Wechselgläubigers die Wechselsumme hinterlegen. Die Ungewißheit muß im Augenblicke der Hinterlegung vorhanden sein; spätere Vorgänge kommen weder zugunsten noch zuungunsten des Hinterlegers in Betracht.

Die Ungewißheit darf nicht auf Fahrlässigkeit beruhen; Voraussetzungen der Befugnis des Wechselschuldners zur Hinterlegung, wenn ein Vormann des Wechselinhabers behauptet, der Wechsel sei ihm gestohlen und vom Inhaber grobfahrlässig erworben. Vgl. hierzu ferner HansGerZ. **03** Hauptbl. 133 (Urteil des OLG. Hamburg) und **RG. 55** 47, JW. **03** Beil. 97, HansGerZ. **03** Hauptblatt 266.

b) BayrObLG., R. **03** 42: Ungewißheit über die Person des Gläubigers besteht auch dann, wenn ungewiß ist, ob die als Gläubiger in Betracht kommenden Personen Gesamtgläubiger oder nur zu einem Anteile berechtigt sind, auch wenn ungewiß ist, zu welchem Anteile jeder Gläubiger berechtigt ist.

3. In Preußen gehört das Rechtsverhältnis zwischen den durch die Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 bestimmten öffentlichen Hinterlegungsstellen und den an der Hinterlegung Beteiligten ausschließlich dem öffentlichen Rechte an. Der Anspruch auf Herausgabe hinterlegter Gegenstände kann nur im Verwaltungswege geltend gemacht werden, der Rechtsweg ist ausgeschlossen. Auch haftet der Staat nicht für den Schaden, den seine Beamten verursachen. Kopf 11—53.

4. a) **RG. 52** 141 ff.: Der beklagte Hypothekenschuldner kann nicht mit befreiender Wirkung hinterlegen, wenn der Kläger zur Zeit der Klagezustellung die Hypothek bereits verpfändet hatte, die Namen der Pfandgläubiger aber dem Beklagten erst später benannte. Vom Kläger konnte er löschungsfähige Quittung und den Hypothekenbrief nicht erhalten; daß er die Personen der Gläubiger gekannt habe, ist nicht behauptet. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 372.

b) **RG.** JW. **03** Beil. 79: Auf eine Prüfung der Gültigkeit der verschiedenen Pfändungen brauchte sich der beklagte Hypothekenschuldner nicht einzulassen. Vielmehr konnte er die Zahlung zurückhalten. Zur Hinterlegung war er berechtigt. Verpflichtet wäre er dazu nur gewesen, wenn ihn Kläger dazu aufgefordert hätte.

c) BayrObLG. Seuff. A. **58** 219. Vgl. JDR. **1** Ziff. 6c zu § 372.

d) OLG. **6** 54 (KG.): Handakten eines Rechtsanwalts können unter Voraussetzung des § 372 hinterlegt werden. Jedoch stellt nicht das Aktenstück als solches eine hinterlegungsfähige Urkunde i. S. von § 87 preuß. HinterlO. dar, vielmehr die einzelnen in dem Aktenstück enthaltenen Urkunden. Diese einzelnen Urkunden müssen, um in Verwahrung genommen zu werden, derartig genau bezeichnet werden, daß bei Beendigung der Hinterlegung kein Zweifel über ihre Identität und ihren Inhalt entstehen kann. Vgl. JDR. **1** Ziff. 6d zu § 372.

§ 374. 1. Leske 159 Anm. 6: Die Wirksamkeit der Hinterlegung wird durch die Unterlassung der Anzeige nicht beeinträchtigt.

2. **RG.** JW. **03** Beil. 79: Eine Verpflichtung, der Benachrichtigung von der Hinterlegung den Hinterlegungsschein beizufügen, besteht nicht, für den vorliegenden Fall des § 853 ZPO. ist selbst Anzeigepflicht zweifelhaft.

§ 378. 1. Die Hinterlegungsstelle ist nicht Vertreter oder Beauftragter des Gläubigers. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 18. Vgl. ZPO. § 753.

2. Leske 160 Anm. 2: Bürgschaften und Pfandrechte gelten als zur Zeit der Hinterlegnng erloschen.

§ 383. 1. M. Sohm 79 ff.:

I. Verhältnis von Selbsthilfeverkauf und Hinterlegung: Das Selbsthilfeverkaufsrecht des BGB. ist im Verhältnisse zum Hinterlegungsrechte ein subsidiäres Recht zu Gunsten des Schuldners einer nicht hinterlegbaren Leistung.

Hinsichtlich der Rechtswirkung des Selbsthilfeverkaufs auf das zugrunde liegende Schuldverhältnis besteht ein Ergänzungsverhältnis mit der Hinterlegung. Zum Rechtserfolge der Schuldtilgung muß der im Selbsthilfeverkauf erzielte Erlös zugunsten des Gläubigers hinterlegt werden.

II. Berechtigte Personen: Der Schuldner, nicht der gemäß BGB. § 267 zur Leistung berechtigte Dritte, darf zum Selbsthilfeverkaufe schreiten. Dritten steht der Selbsthilfeverkauf nur kraft gesetzlicher Vorschrift zu Gebote; z. B. § 1249. (87.)

Der den Selbsthilfeverkauf betreibende Schuldner und der Gläubiger dürfen bei der Versteigerung mitbieten, auch wenn sie Eigenthümer der geschuldeten und zum Verkaufe gebrachten Sache sind; juristische Konstruktion (105).

III. Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs ist die geschuldete bewegliche Sache, auch wenn sie nicht im Eigentume des Schuldners steht (z. B. Leihe, Verwahrung). Ist auch der Gläubiger Nichteigentümer des Schuldgegenstandes, so darf der Schuldner zum Selbsthilfeverkauf erst schreiten, wenn er auch den Dritteigentümer hinsichtlich seines Eigentumsanspruchs in Annahmeverzug versetzt hat oder sich auf die Voraussetzungen des BGB. § 383 Abs. 1 Satz 2 berufen kann. Auch bedarf es dem Eigentümer gegenüber der vorgängigen Androhung des Selbsthilfeverkaufs (96).

IV. Rechtserzeugende Tatsachen: Der Gläubigerverzug braucht nicht bis zur Hinterlegung des Erlöses fortzudauern, wenn er nur zur Zeit des Selbsthilfeverkaufs bestand (113 Anm. 102).

V. Wirkungen des rechtmäßigen und formgerechten Selbsthilfeverkaufs.

a) Die Übertragungswirkung, d. h. der Schuldner erhält durch die Berechtigung zum Selbsthilfeverkauf eine gesetzliche Verfügungsmacht, kraft der er als Nichteigentümer auf den Erwerber (ohne Rücksicht auf gutem Glauben) Eigentum am Gegenstande des Selbsthilfeverkaufs überträgt (111).

b) Auf das zugrunde liegende Schuldverhältnis wirkt der Selbsthilfeverkauf des BGB. nur mit Hilfe der Hinterlegung ein; anders im HGB., s. HGB. § 373.

Bis zur Hinterlegung des Erlöses ist die Veräußerung des Schuldobjekts im Wege des Selbsthilfeverkaufs rechtlich eine der Leistungspflicht des Schuldners widerstreitende Verfügung, die, wenn sie das Leistungsunvermögen des Schuldners herbeiführt, zu Schadensersatz nach BGB. §§ 280 Abs. 1, 325 Abs. 1 verpflichtet.

Die Sachforderung des Gläubigers verwandelt sich nicht in eine Geldforderung; daher keine Aufrechnung gegen eine Geldschuld.

Mit Zustimmung des Gläubigers kann der Schuldner sich durch Auskehrung des Erlöses (ohne Hinterlegung) befreien; dies ist aber Erfüllung durch Hingabe an Zahlungsstatt (120).

Mit der Hinterlegung des Erlöses tritt zugunsten des Schuldners ein:

a) die Entäußerungswirkung, d. h. der Schuldner wird mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Selbsthilfeverkaufs von der zu vertretenden Sorgfalt frei;

b) die Tilgungswirkung, d. h. der Schuldner erwirbt die Einrede der Hinterlegung gegen die Sachforderung des Gläubigers; mit Ausschluß des Rücknahmerechts (BGB. § 378) tritt Schuldbefreiung ein (116 ff.).

2. Stephan, R. **03** 547: Versteigerungen durch den Konkursverwalter können, soweit nicht die §§ 126, 127 KO. eingreifen, durch Privatversteigerung erfolgen. Dies folgt daraus, daß in den Fällen, in denen eine öffentliche Versteigerung erfolgen soll, dies im Gesetz ausdrücklich gesagt ist, für den Verkauf im Konkurs eine solche Bestimmung aber fehlt.

3. **RG.** JW. **03** Beil. 6: Die Bestimmungen des § 383 BGB. und des § 373 HGB. über die Förmlichkeiten des für Rechnung des Käufers gehenden Selbsthilfeverkaufs sind nicht zwingendes Recht, eine Abweichung ist vielmehr im Falle des Einverständnisses der Parteien zulässig.

4. OLG. **7** 387 (Dresden): Über die Öffentlichkeit des Verkaufs vgl. zu § 373 HGB.

§ 384. M. Sohm a. a. O. 101 ff.:

I. Die Androhung ist wesentliches Erfordernis der Rechtsbeständigkeit des Selbsthilfeverkaufs. Sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; doch genügt unter Abwesenden der Nachweis der ordnungsmäßigen Absendung der Androhung, um die Rechtmäßigkeit des Selbsthilfeverkaufs zu sichern.

Ob Androhung durch öffentliche Zustellung (BGB. § 132 Abs. 2) „untunlich" ist, ist Tatfrage.

II. Die Benachrichtigung soll dem Gläubiger kundtun, daß er aus dem Schuldverhältnisse keine Sachleistung mehr, sondern nur Auskehrung des Erlöses zu erwarten habe. Diese Erklärung muß der Schuldner auch gegen sich gelten lassen, selbst wenn er trotz Selbsthilfeverkaufs zur Sachleistung fähig bleibt. Der Gläubiger hat nunmehr die facultas alternativa, den Erlös oder die Sache zu fordern. Der Schuldner kann sich in beiden Fällen durch Hinterlegung des Erlöses befreien, es sei denn, daß der Gläubiger erklärt, gegen Auskehrung des Erlöses vor Hinterlegung desselben über die Schuld zu quittieren (107 und 120).

Dritter Titel.
Aufrechnung.

Vorbemerkung: Der Streit der Meinungen über das Recht der Aufrechnung ist keineswegs als beigelegt zu erachten, wenngleich im Berichtsjahre, gegenüber dem im ersten Jahrgange niedergelegten Material, die Frage nicht allzuoft zum Gegenstande der wissenschaftlichen Erörterung und Behandlung gemacht worden ist. In theoretischer Hinsicht haben die Lehre gefördert die Schriften von Alsberg und Langheineken. Die Arbeit von Stölzel faßt noch einmal die über die Frage der Eventualaufrechnung ergangenen Entscheidungen des RG. zusammen; der Verfasser sucht aus ihnen die alleinige Richtigkeit seiner Theorie zu erweisen. Die Fragen von hoher praktischer Bedeutung, wie diejenige, ob der Prozeßbevollmächtigte auf Grund der Prozeßvollmacht zur Aufrechnuug befugt ist und ob die Aufrechnung im Prozesse erst durch Aufklärung in der mündlichen Verhandlung, oder schon im vorbereitenden Schriftsatz vollzogen werden kann, sind durch die Judikatur des RG. als ziemlich erledigt anzusehen. Dagegen sind in Einzelfällen einige wichtige und nicht uninteressante Entscheidungen des RG. zu verzeichnen. Den Hauptanteil in der wissenschaftlichen Erörterung und in der Rechtsprechung hat der § 394 davongetragen. Die auch an anderen Stellen berücksichtigten großen Arbeiten von Lotmar und Sigel haben in der ersten Beziehung die Frage gefördert. Die Entscheidungen der Gewerbegerichte und auch der oberen Gerichte haben wesentlich zur Klärung beigetragen, wenngleich eine Einheitlichkeit sich auch hier noch nicht ergeben hat. Hervorgehoben sei hier die Entscheidung des GG. Kiel (Ziff. 4a zu § 394), welche aus dem Umstand, daß Forderung und Gegen-

forderung „mit Nichtaufrechenbarkeit ausgestattet“ sind, die Aufrechenbarkeit abzuleiten sucht. Diese Entscheidung ist, wie das OG. Breslau mit Recht ausführt, nicht richtig.

Literatur: Alsberg, Die prozessuale Aufrechnung gegenüber dem vertragsmäßigen Rücktrittsrechte des Vermieters, A.bürgR. **22** 93 ff. — Conrades, Bürgschaft und Aufrechnung, R. **03** 308. — Francke, ThürBl. **50** 244. — Fröhlich, Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht, JW **03** 118. — Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung, R. **03** 249 ff. — Sinzheimer, Das KG. und die Frage nach der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Forderungen, R. **03** 426. — Stölzel, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über Eventualaufrechnung, A.zivPr. **95** 1—122.

§§ 387, 388. 1. Leske 162 Anm. 3: Die Aufrechnung mit einer bedingten Forderung oder gegen eine solche ist unzulässig, weil die Forderung noch nicht existiert, vgl. jedoch KO. § 47.

2. a) Langheineken, Anspruch und Einrede 128 ff.: Die Aufrechnung im Sinne der §§ 387 ff. ist ein einseitiges materielles Rechtsgeschäft. Sie kann aber auch im Prozesse vorgenommen werden. Alsdann ist jedoch zu trennen die Aufrechnung als prozessuales und als ziviles Rechtsgeschäft, nicht in dem Sinne, daß einer Aufrechnungserklärung eine auf den konkreten Prozeß beschränkte Wirksamkeit innewohnen könnte, sondern in dem Sinne, daß die Gültigkeit, die Wirkungsfähigkeit der im Prozeß, also von der Partei als Prozeßpartei, abgegebenen Aufrechnungserklärung an die Beobachtung der vom Prozeßrechte vorgeschriebenen Form gebunden ist, überhaupt sich nach Prozeßrecht bestimmt. M. a. W.: die prozessuale Aufrechnungserklärung ist, weil Prozeßhandlung, nach den für die Gültigkeit der Prozeßhandlung maßgebenden Gesichtspunkten zu beurteilen; eine danach wirkungsfähige Aufrechnungserklärung betätigt ihre Wirkung nicht nur auf den im Gange befindlichen Prozeß, sondern darüber hinaus in voller Allgemeinheit, gleichviel ob der konkrete Tatbestand, losgelöst von seiner Grundlage (der konkreten prozessualen Situation) gedacht, also, für sich allein betrachtet, befähigt wäre, eine solche Wirkung zu äußern. Ist jedoch, weil entweder die Klage abgewiesen oder wirksam zurückgenommen ist, die prozessuale Aufrechnungserklärung hinfällig geworden, so sind diese Wirkungen ausgeschlossen, soweit nicht etwa die Erklärung nach zivilrechtlichen Grundsätzen, wenn sie z. B. im amtsgerichtlichen Verfahren von Partei zu Partei abgegeben wurde, Gültigkeit besitzt; letzteres folgt aus der Erwägung, daß die Partei nicht dadurch, daß sie Prozeßpartei ist, aufhört, Partei des materiellen Rechtes zu sein.

Wennschon die Aufrechnung als Rechtsgeschäft gedacht ist, so bleibt doch die Möglichkeit eines Aufrechnungsvertrags bestehen, wie er im Kontokurrentverkehr üblich ist. Auf ihn finden die Vorschriften der §§ 387 ff. ohne weiteres keine Anwendung. Er ist am richtigsten wohl als gegenseitiger Erlaßvertrag zu kennzeichnen.

b) **RG.** JW. **03** Beil. 35, vgl. 46: Die vertragsmäßige Aufrechnung steht der Zahlung gleich, und werden sonach auch Forderungen aus Differenzgeschäften durch Kompensationsvertrag wirksam getilgt (**RG. 38** 240). Ein besonderer Fall des Kompensationsvertrags ist im Kontokurrentverhältnisse gegeben, sofern der Abrede oder Übung gemäß zwischen den Interessenten darin Uebereinstimmung ist, daß die zwischen ihnen bestehenden wechselseitigen Ansprüche und Leistungen sich nicht als selbständige Einzelposten gegenüberstehen, daß vielmehr dieselben periodisch zur Abrechnung gelangen und allein dem durch Verrechnung festgestellten Überschusse, dem Saldo, selbständige rechtliche Bedeutung zukommt. Dermaßen ist in dem Anerkenntnisse des Saldos die Anerkennung der vollzogenen vertragsmäßigen Aufrechnung der beiderseitigen Ansprüche und Leistungen enthalten.

c) Die Aufrechnung, die bei der vertragsmäßigen Abrechnung vollzogen wird, erfolgt durch Vertrag. Aufrechnungsfaktoren sind dabei die Gesamt-

forderungen, die für jede Partei durch Zusammenzählen der einzelnen Gutmachungsposten dem Betrage nach ermittelt und durch Anerkenntnis festgestellt werden. Regelsberger, Jherings J. **46** 7 f.

Kohler, v. Holtzendorff, Encyklopädie I. 670 hält die früher von ihm aufgestellte Annahme, daß es sich bei der Aufrechnung um eine Art der Selbsthilfe handelt, nicht für genügend. Die Aufrechnung enthält eine Anweisung des Schuldners, der zu zahlen, aber auch zu bekommen hat, an den Gläubiger, den Betrag, den er an ihn (Schuldner) zu zahlen hat, an sich selbst zu zahlen. Dies erfolgt in Form der einfachen Erklärung.

3. a) Stölzel 1 ff. gibt nochmals eine erneute eingehende Prüfung der Gründe, von denen das RG. bei seinen Entscheidungen über die Eventualaufrechnung geleitet ist. Stölzel will daher noch einmal die 8 Erkenntnisse (s. unten) besprechen, um zu zeigen, daß die Hauptfrage nur im Sinne der Klagabweisungs- bzw. Klagänderungstheorie beantwortet werden kann.

30 ff.: Das erste Urteil vom 3. 2. 87 (II. Zivils.) enthält, wenn man es zusammenfaßt, den Satz: „Auf Grund liquider die Klagsumme erreichender Gegenforderung ist die Abweisung der Klage aus einer dem Betrage nach streitigen Forderung dem Gesetz entsprechend; eine vorherige Beweiserhebung über die Höhe der Forderung ist also nicht geboten“.

38 ff.: Im zweiten Urteile vom 30. 5. 96 (V. Zivils.) **RG. 37** 403, Seuff. A. **52** 102 handelt es sich in casu nicht um eine Eventualaufrechnung, die zur Frage Anlaß gegeben hätte, ob es einer Beweiserhebung über die Klagbehauptungen bedürfe.

67 ff.: Das dritte Urteil vom 9. 11. 96 Gruchots Beitr. **41** 947 (VI. Zivils.) enthält den dem ersten Urteile vom 3. 2. 87 diametral entgegengesetzten Satz als Grundlage: „Ein Urteil, das wegen feststehender Gegenforderung die streitige Klagforderung abweist, entscheidet prozeßgesetzwidrig über die Klagforderung nicht endgültig; deshalb ist ein solches Urteil behufs Beweiserhebung über die Klagforderung aufzuheben“.

77 ff.: Im vierten Urteile vom 12. 7. 98 (II. Zivils.) **RG. 42** 362 geht der II. Senat von seinem früheren Urteile vom 3. 2. 87 ab und gelangt zu dem Satze: „Die Rechtskraft eines Urteils, das die auf Zahlung gerichtete streitige Klage wegen unstreitiger Gegenforderung abweist, steht als endgültige Entscheidung über den Klaganspruch einer neuen auf Zahlung der Klagforderung gerichteten Klage entgegen“.

88 ff.: Das fünfte Urteil vom 14. 10. 98 (II. Zivils.) Gruchots Beitr. **43** 211, JW. **98** 601 enthält den Satz: „Bei liquider Gegenforderung und liquider Klagforderung sei nach der ZPO. Beweiserhebung über die Klagforderung unerläßlich; einen Verstoß dagegen könne jede Partei als Gesetzesverletzung rügen“.

94 ff.: Das sechste Urteil vom 26. 11. 98 (V. Zivils.) **RG. 42** 320, JW. **99** 4 erhob folgenden Rechtssatz zum Präjudiz: „Die bei streitiger Klag- und unstreitiger Gegenforderung gebotene Beweisaufnahme über die Klagtatsachen wird überflüssig, wenn der Beklagte zum Zwecke der Erzielung alsbaldiger Klagabweisung erklärt, die Klagtatsachen, soweit erforderlich, unter der Bedingung, daß er damit alsbaldige Klagabweisung erreiche, eingestehen und sich auf den Aufrechnungseinwand beschränken zu wollen“.

102 ff.: Das siebente Urteil vom 27. 9. 00 (IV. Zivils.) Gruchots Beitr. **45** 910 eignete sich den letztgenannten Rechtssatz an.

111 ff.: Das achte Urteil vom 27. 9. 02 (V. Zivils.) JW. **02** 544 gelangt zu dem bereits im fünften Urteil ausgesprochenen Rechtssatz: „eine streitige Klagforderung darf auf Grund liquider Gegenforderung erst nach vorheriger Feststellung des Bestehens der Klagforderung abgewiesen werden“.

120: Aus den angegebenen Urteilen folgt, daß von einer ständigen Rechtsprechung des RG. nicht die Rede sein kann. Was gegen die vom RG. aufgestellte Regel spricht „bei eventuell geltend gemachter Aufrechnung dürfe erst über die Gegenforderung entschieden werden, nachdem der Beklagte sich, abgesehen von der Gegenforderung, als zahlpflichtig ergeben habe", läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen: Die Regel hat keine Existenzberechtigung, weil sie sich stets dann als unbefolgbar erweist, wenn zum Zwecke der Feststellung, ob jene Zahlpflicht (abgesehen von der Gegenforderung) besteht, und nur zu diesem Zwecke ein Eideserkenntnis geboten erscheint. Es wird ihr deshalb zuwidergehandelt in den Fällen, in denen der Klagforderung, bezüglich deren ein Erkenntniseid aufzuerlegen ist, eine Gegenforderung gegenübersteht, bezüglich deren sich ein solcher Eid erübrigt.

b) Langheineken, Anspruch und Einrede 132: Die Eventualaufrechnung ist keine bedingte Aufrechnung, weil sie meist an die condicio iuris geknüpft ist, daß die in der Klage erhobene Forderung bestehe. Aber diese Erklärung reicht nicht für den Fall aus, daß die Fälligkeit der Klageforderung, nicht deren Existenz, vom Beklagten bestritten wird, wo also eine Aufrechnung auch bei der vom Beklagten behaupteten Sachlage begrifflich möglich, für diesen Fall aber eine solche nach dem Willen des Aufrechnenden nicht erfolgen soll. Die Zulässigkeit der prozessualen Eventualaufrechnung kann hier also nur aus ihrer Eigenschaft als Prozeßhandlung gefolgert werden. Vgl. auch Schneider, R. **03** 566; unter § 396.

4. a) Meisel, HessRspr. **4** 31 über die Frage, ob der Prozeßbevollmächtigte zur Erklärung der Aufrechnung im Prozeß eine besondere Vollmacht bedarf, wie **RG. 50** 426. Vgl. JDR. **1** Ziff. 7 zu §§ 387, 388.

Müller, SächsA. **13** 155: Die Prozeßvollmacht berechtigt zur Aufrechnungserklärung. Ebenso Alsberg, A.bürgR. **22** 104.

RG. 53 148, JW. **03** 21. Die Aufrechnungserklärung kann im Laufe des Prozesses von dem Prozeßbevollmächtigten auf Grund der Prozeßvollmacht rechtswirksam abgegeben und angenommen werden, und zwar nicht nur bei der mündlichen Verhandlung, sondern auch in einem zugestellten Schriftsatze, so daß für die Frage, wann die Erklärung abgegeben worden, die Zeit der Zustellung des Schrifsatzes entscheidet.

b) Alsberg 104: Es ist Tatfrage, ob die in einem vorbereitenden Schriftsatz erklärte Aufrechnung lediglich als Ankündigung der Aufrechnungserklärung anzusehen ist oder ob die Aufrechnung durch sie als tatsächlich vollzogen wird (vgl. Schollmeyer zu § 388). Einerseits kann die in einem vorbereitenden Schriftsatz abgegebene Aufrechnungserklärung keine unmittelbare prozessuale Bedeutung haben, da durch einen solchen Schriftsatz das Verfahren nur vorbereitet wird. Andererseits dienen vorbereitende Schriftsätze dazu, verbindliche Willenserklärungen zu vermitteln, ohne daß diese Erklärungen schon Prozeßstoff werden sollen. Ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Erklärung nicht als eine in Aussicht genommene, sondern als eine effektive anzusehen, so ist ihre zivilrechtliche Wirkung keine andere, ob sie in einem vorbereitenden Schriftsatz oder in einem sonst nur dem Gegner zugestellten Schriftstück enthalten ist.

Ebenso Meisel, HessRspr. **4** 31: Enthält der Schriftsatz die ausdrückliche Erklärung der sofort gewollten Aufrechnung, so ist die Aufrechnung mit Zustellung des Schriftsatzes vollzogen und die Wirkung der § 389 tritt sofort ein. Davon verschieden ist, ob sie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen ist. Dadurch erhält sie Wirkung im anhängigen Prozesse.

5. **RG.** JW. **03** Beil. 16: Die Ansicht, daß die Vorschützung einer Aufrechnungseinrede die eventuelle Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts enthalte, ist unzutreffend. Wer aufrechnet, will auf Kosten eines eigenen Anspruchs nicht leisten, will also überhaupt nicht leisten, wer zurückbehält, will leisten, aber

nur dann, wenn auch der Gegner leistet, er will also zur Zeit nicht leisten. Das Zurückbehaltungsrecht ist gegenüber dem Rechte zur Aufrechnung nicht das mindere, sondern überhaupt ein ganz anderes Recht. S. auch o. zu § 273 Noten 4c, 6b.

6. **RG. 53** 403, JW. **03** Beil. 56: Aus § 387 folgt, daß der Bürge die Hauptschuld nicht durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung tilgen kann; doch steht dem nichts entgegen, daß er seine eigene, nämlich die Bürgschaftsschuld in dieser Weise tilgt. Dadurch ist der Gläubiger zum Betrage der Bürgschaftsschuld im Sinne des § 774 BGB. befriedigt. § 774 Abs. 1 Satz 2 steht nicht entgegen, denn für den in Frage kommenden Teil des Anspruchs ist der Kläger nicht benachteiligt, er hat vielmehr durch die Aufrechnung volle Befriedigung erhalten.

Sievers, R. **03** 249, führt im Anschluß an das vorstehende Erkenntnis aus, daß, entgegen dem dort angenommenen Grundsatze, der Bürge dem Gläubiger eine Befriedigung durch Aufrechnung nicht ansinnen könne. Dies folgt aus der Bestimmung im § 774, daß der Übergang der Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden dürfe. Es folgt aber auch daraus, daß in zahlreichen Fällen, in denen es sich um keine Tilgungszahlung, sondern um eine Einlösungszahlung handelt, die Zulassung der Aufrechnung besonders ausgesprochen ist, z. B. §§ 268, 1142, 1223 Abs. 2, 1249, eine solche Bestimmung bei der Bürgschaft aber fehlt. A. M. Conrades, R. **03** 308.

7. Einzelne Fälle.

a) **RG.** CBlFrG. **4** 256: Eine Erklärung des Bieters im Zwangsversteigerungsverfahren zu Protokoll des Versteigerungsrichters, daß er — falls er das Grundstück erstehen sollte — gegenüber dem im Termin anwesenden Schuldner gegenüber dessen Eigentümergrundschuld aufrechnen werde, ist ungültig. Dies folgt sowohl aus § 388 Abs. 2, weil die Aufrechnungserklärung unter einer Bedingung (falls er das Grundstück erstehen sollte) abgegeben worden ist, als auch aus § 387. Denn es würde eine Aufrechnung mit einer damals noch gar nicht bestehenden Forderung des Aufrechnenden vorliegen. Es bestand noch keine Gegenforderung des Schuldners an den Erwerber, da dieser, als er die Erklärung abgab, noch nicht Eigentümer des mit der Eigentümergrundschuld belasteten Grundstücks gewesen ist, es vielmehr erst durch Erledigung des Zuschlags wurde. Aus dem Wortlaute des § 387 ergibt sich unzweideutig, daß das Gesetz eine Aufrechnung erst dann zulassen will, wenn derjenige, der sie vollzieht, Gläubiger und Schuldner des anderen Teiles geworden ist. Eine Aufrechnung im voraus ist damit unvereinbar.

Siber, Rechtszwang 233: Aufrechnung gegen Spielforderungen ꝛc., sowie auf Grund einer Lösungsbefugnis (facultas alternativa des Schuldners) zulässig.

b) **RG. 52** 303, JW. **02** Beibl. 282: Kläger verlangte vom Beklagten, als Akzeptanten eines ihm girierten Wechsels über 9000 M., die Wechselsumme mit Zinsen und Kosten. Der Wechselaussteller, dem gegenüber das Akzept aus Gefälligkeit gegeben war, hatte mit dem Kläger einen Vertrag geschlossen, wonach dieser ihm einen offenen Kredit bis zum Belaufe von 70000 M. gewährte, dergestalt, daß er demselben „bis zu bemerkter Höhe Vorschüsse in bar oder durch Trassierung von Wechseln in laufender Rechnung" machen sollte. Vor Fälligkeit des Wechsels hatte der Wechselaussteller ein Schreiben an den Kläger gerichtet, worin er auf diesen Vertrag Bezug nahm und geltend machte, daß der Kredit noch nicht erschöpft sei, und hierauf wörtlich fortfuhr: „Deshalb ersuche ich Sie, das Akzept aus Ihrem Portefeuille zu entnehmen und mein Konto hiermit zu belasten. Ich erkläre Ihnen ausdrücklich, daß (der Beklagte) mir nichts schuldet." Kläger ging hierauf nicht ein. Beklagter macht geltend, daß in dem Schreiben

die Erklärung des Ausstellers enthalten sei, mit seiner entsprechenden Forderung aufzurechnen, daß durch die Aufrechnung die Wechselschuld getilgt sei und diese Tilgung nach § 422 Abs. 1 BGB. ihm, dem Beklagten, zugute komme. Das **RG.** bestätigte die verurteilenden Erkenntnisse der Vorinstanzen: Der Aussteller hat in dem Schreiben keine einseitige, auf Aufrechnung gerichtete Erklärung abgegeben, sondern er hat an den Kläger das Begehren gestellt, ihn durch Belastung auf seinem Konto in Höhe der Wechselschuld als Darlehnsschuldner auf Grund des Kreditvertrags unter Entlassung seiner selbst und des Beklagten aus der Wechselverbindlichkeit anzunehmen. Kläger hat dies Ansinnen nicht angenommen. Eine Aufrechnung kann aber auch wegen Ungleichartigkeit der Forderungen nicht angenommen werden. Der Anspruch des Ausstellers war nicht einfach auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet, wie die Forderung aus dem Klagewechsel, sondern auf Zahlung einer Geldsumme zum Zwecke der Begründung eines Darlehnsschuldverhältnisses, auf Erfüllung des im Kreditvertrag enthaltenen Darlehnsvorvertrags durch Abschluß des Darlehnsrealvertrags. Für die Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit der Leistungen kommt es nicht darauf an, aus welchem Grunde sie geschuldet werden. Hier steht auch eine Ungleichartigkeit des Inhalts selbst in Frage.

d) OLG. 6 25 (Dresden): Der wegen einer Privatschuld belangte Gesellschafter kann eine Forderung der Gesellschaft auch mit Zustimmung der Mitgesellschafter nicht aufrechnen. Sie bleibt die Forderung eines Dritten, wenn sie nicht von der Gesellschaft an den Gesellschafter förmlich abgetreten wird.

§ 389. 1. Alsberg, AbürgR. **22** 93ff. wendet sich gegen die Ausführungen von Kiehl, Gruchots Beitr. **45** 753 ff. (JDR. **1** Ziff. 4 zu § 389; Ziff. 2 zu § 554; § 357), daß die Verzugsfolgen trotz der Säumnis des Schuldners ausbleiben, daß die Aufrechnung dagegen nicht die Tatsache der ausgebliebenen Erfüllung an sich ungeschehen mache. Soweit diese Konstruktion eine Negative ausspricht, nämlich die, daß die rückwirkende Kraft der Aufrechnung sich nicht auf rein tatsächliche Vorgänge bezieht, nicht die Tatsache der Nichtleistung am Quartalstag aus der Welt schafft, insoweit wendet sie sich gegen einen fingierten Gegner: denn in der Tat hat so etwas noch niemand behauptet. Die Positive dieser Konstruktion aber, daß nämlich die rückwirkende Kraft der Aufrechnung sich nur auf die Rechtsfolgen beziehe, ist überhaupt keine Antithese der ihr von Kiehl gegenübergestellten Negative und geht zudem fehl. Durch die Aufrechnung wird nicht eine Zahlung fingiert, sondern die Forderung des Gegners wird beseitigt, und deshalb bedarf es keiner Zahlung mehr. Kann also der Mieter gegenüber dem die Exmission betreibenden Gläubiger aufrechnen, so hat das die Wirkung, daß eine Voraussetzung des Exmissionsrechts hinweggenommen wird, und dieses deshalb ins Wasser fällt.

Verfasser wendet sich gegen Schollmeyer (zu § 389), daß der § 357 als eine singuläre Ausnahmebestimmung im Sinne einer Erweiterung des § 389 ausgegeben wird (101).

Unrichtig ist die Auffassung von Kiehl a. a. O., daß der § 389 ein Ausfluß des Satzes dolo facit qui petit quod redditurus est sei. Wer weiß, daß der Gegner sich durch Aufrechnung befreien könnte und trotzdem die Forderung geltend macht, handelt durchaus nicht arglistig; steht es doch ganz im Belieben des Gegners, ob er seiner Verpflichtung durch Aufrechnung ledig werden will! Ebensowenig, wie die Tatsache der Geltendmachung einer Forderung im Falle der Befriedigungsmöglichkeit durch Aufrechnung als Dolus erscheint, ebensowenig sind die in § 389 an diesen Tatbestand geknüpften Rechtsfolgen als Dolusfolgen aufzufassen.

Für die Fälle, in denen der zur Aufrechnung befugte Schuldner doloserweise dem fordernden Gläubiger zunächst seine Aufrechnungsbefugnis verschweigt und erst später unter Schädigung des Gläubigers von ihr Gebrauch macht, schaffen die §§ 826 und 226 genügende Hilfe. Diese Gesetzesbestimmungen geben dem Kompensaten die Möglichkeit, sich für die Kosten des Prozesses, den der Kompensant durch sein Verhalten heraufbeschworen hat, schadlos zu halten.

2. Langheineken, Anspruch und Einrede 130 ff.: Der Effekt der Rückziehung ist konzentriert in der Aufrechnungserklärung.

Vor deren Abgabe besteht keinerlei vorläufige Wirkung; andererseits führt die wirksam erklärte Aufrechnung den Untergang der Forderung ipso iure herbei, so daß einem das Erlöschen aussprechenden Urteile nicht mehr als deklaratorische Wirkung beizumessen ist.

3. Wenn die Aufrechnungssituation eingetreten ist, bleibt die Forderung, gegen die aufgerechnet werden kann, in ihrer Existenz unangetastet, aber sie ist in ihrem Bestande gefährdet. Abraham, Aufrechnung und Eingriffsrecht in der Vollstreckungsinstanz 26.

§ 390. 1. Langheineken 133 f.: Eine bloß anfechtbare Forderung kann zur Aufrechnung verwendet werden. Die Aufrechnung wird mit der Anfechtung hinfällig.

Aus der anspruchszerstörenden Wirkung der Aufrechnung folgt, daß durch sie sowohl eine Pfandbestellung als auch eine Bürgschaft zur Erledigung kommt.

2. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 173: Die Aufrechnung mit rechtshängigen Forderungen ist zulässig.

§ 391. Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten 108: Entgegen der von Cohn, Gruchots Beitr. **43** 109 vertretenen Auffassung, daß im § 391 Abs. 1 ebenso wie im § 867 die Anwendung des § 254 ausgeschlossen sei, wird ausgeführt, daß eine Anwendung des § 254 Abs. 2 sehr wohl möglich sei. Der aufrechnende Teil kann sich dem anderen gegenüber sehr wohl darauf berufen, daß er es unterlassen hat, ihn auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens, z. B. eine Konventionalstrafe, aufmerksam zu machen, der aus der Aufrechnung an einem anderen als dem bestimmten Orte entstehen kann.

§ 393. 1. **RG. 54** 142, JW. **03** Beil. 58: §§ 393 und 273 kommen dann zur Anwendung, wenn einer Schadens- und Bereicherungsklage damit nicht zusammenhängende Ansprüche entgegengesetzt werden; dort wo die beiderseitigen Vorteile und Nachteile auf derselben Grundlage beruhen, haben sie keinen Raum.

2. Sigel, Gewerbl. Arbeitsvertrag 110: Begegnen sich zwei Aufrechnungsverbote (§§ 393, 394 BGB.), so sind beide Forderungen gesondert zu tilgen. Vgl. zu § 394 Ziff. 4 a.

§ 394. 1. Über Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht s. oben § 273 Ziff. 7, vgl. auch §§ 387, 388 Ziff. 5.

OLG. Köln, GewGer. 8 122: § 394 verleiht der Lohnforderung keinen besonderen Charakter und läßt das Wesen des sie begründenden Rechtsverhältnisses unbeeinflußt. — Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kann, zumal, wenn sich Geldforderungen gegenüberstehen, zu einem Ergebnisse führen, das als Folge der Aufrechnung durch § 394 verhindert werden sollte. Aus diesem Gesichtspunkte läßt sich aber nicht auch die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts aus § 394 ableiten. Hätte der Gesetzgeber in konsequenter Durchführung des Lohnschutzes nicht nur die Aufrechnung, sondern auch die Zurückbehaltung untersagen wollen, so hätte er sich nicht auf die Ausnahmebestimmung des § 394 beschränkt, sondern den daraus nicht zu entnehmenden allgemeinen Rechtssatz aufgestellt, daß dem Lohnberechtigten der verdiente Lohn ohne Rücksicht auf Gegen-

forderungen seines Schuldners auszubezahlen sei, jedenfalls dem § 274 einen entsprechenden Vorbehalt eingefügt.

Fröhlich, JW. 03 118, — s. auch o. zu § 273 Note 7 zu II a unter γ, — verteidigt die von den Gewerbegerichten angenommene Praxis, welche dahin geht, das Zurückbehaltungsrecht bei Lohnforderungen zu versagen, weil seine Anwendung bei Geldforderungen nichts anderes als Aufrechnung ist. Gegenüber dem vom OLG. Köln (s. oben) erlassenen Urteile, welches sagt, daß auch bei Geldforderungen zwischen der Aufrechnung und der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ein Unterschied bestehe, wird die gegenteilige Ansicht als „auch nicht verwerflich" bezeichnet. Praktisch ist wenigstens Zurückbehaltung und Aufrechnung in diesem Falle genau dasselbe. Mag auch für durchgebildete Juristen theoretisch ein Unterschied wahrnehmbar sein, für die, abgesehen vom Vorsitzenden, aus erwählten Laienrichtern bestehenden Gewerbegerichte ist ein Unterschied nicht bemerkbar.

Sinzheimer, R. 03 426, — s. auch o. zu § 273 Note 7 zu II a unter δ — spricht sich gegen die Entscheidung des KG., OLG. 6 423, (s. ob. § 273 Ziff. 7 Abs. 3) aus, welches die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts ausgesprochen hat. Man muß den Gesichtspunkt des in fraudem legis agere zugrunde legen. In diesem Falle muß man den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts annehmen. § 394 ist zwingender Rechtssatz, der einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg herbeiführen will. Vgl. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung 35, 36.

2. Lotmar, Arbeitsvertrag 402: Der Rechtssatz des § 394 gilt von der Vergütungsforderung aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis

I. ohne Unterschied:

a) der Art des Arbeitsvertrags, der dieses Verhältnis begründet hat;

b) der Form des Arbeitsvertrags (ob Zeitlohnvertrag oder Akkord);

c) der Art der Vergütung, ob sie Geld oder Naturalvergütung ist. Für den Ausschluß der Aufrechnung ist diese Indifferenz von geringer Bedeutung. Denn die Aufrechnung ist nur bei Gleichartigkeit der Leistungen der Forderung und der Gegenforderung möglich (§ 387), und an dieser Gleichartigkeit wird es, wo die Lohnforderung Naturallohnforderung ist, fast immer fehlen, so daß schon aus diesem Grunde die Aufrechnung unterbleiben muß;

d) der Person des Gläubigers der Vergütungsforderung. Es braucht namentlich nicht ein Arbeiter im Sinne der Nationalökonomie zu sein;

e) ob der Arbeitnehmer die Arbeit in Person oder durch Gehilfen verrichtet und diese aus der ihm zukommenden Vergütung belohnt;

f) des Grundes der Forderung, wegen deren in Beschlag genommen oder aufgerechnet werden soll. Sie braucht nicht aus einem Arbeitsverhältnisse zu stammen, geschweige aus dem nämlichen wie die Lohnforderung.

II. Dahingegen macht es einen Unterschied:

a) ob die Vergütung reine Vergütung ist, oder ob ihr Auslagenersatz beigemischt ist. Im letzteren Falle gilt nur dasjenige als Vergütung, was nach Abzug des für den Ersatz der Auslagen bestimmten Betrags von dem Nominalbetrage der Vergütung übrig bleibt;

b) ob das Arbeitsverhältnis ein die Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmendes ist, oder ob es dies nicht ist. Nur im ersteren Falle greift der Ausschluß der Aufrechnung Platz;

c) der Jahresbetrag der Vergütung (über 1500 M.).

Die Aufrechnung nach § 394 verbunden mit § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes ist nur beim Dasein der im § 1 a. a. O. gegebenen Voraussetzungen zulässig.

Der Arbeitgeber darf nicht einseitig aufrechnen. Ungültig ist aber auch ein Aufrechnungsvertrag, d. h. die Übereinkunft zwischen Arbeitgeber und

Arbeitnehmer, durch welche für die Fälle, in denen das Gesetz die einseitige Aufrechnung versagt, dem Arbeitgeber gestattet wird, jede oder eine gewisse Forderung, die er wider den Arbeitnehmer hat oder haben wird, gegen dessen Lohnforderung aufzurechnen. Der Gültigkeit steht § 2 Abs. 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes entgegen. Denn der Aufrechnungsvertrag ist eine „durch ein anderes Rechtsgeschäft" getroffene „Verfügung" über die unpfändbare Lohnforderung.

3. a) Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag 45: Der Aufrechnungsvertrag (compensatio voluntaria) ist insoweit ungültig, als die gesetzliche Aufrechnung nach § 394 BGB. nicht stattfinden darf (ebenso jetzt auch OLG. Celle, Goltd. A. **49** 353 und Rohrscheidt, Gewerbearchiv **2** 205, ferner Landmann-Rohmer, Anm. 2 zu § 115 GO.); denn sie ist ein Rechtsgeschäft, durch das der Arbeiter über seinen Lohn verfügt (vgl. § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes). Nach § 394 BGB. in Verbindung mit § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes ist die Aufrechnung gegen die Lohnforderung, sofern nicht einer der in dem genannten Gesetze vorgesehenen Ausnahmefälle vorliegt, nur zulässig, wenn der Arbeiter den Zahltag ohne Einforderung seines Lohnes hat verstreichen lassen oder wenn er am Zahltage selbst sein Einverständnis zur Aufrechnung erklärt hat (107).

Bezüglich der Bedeutung des § 394 BGB. für diejenigen privatrechtlichen Vorschriften der GO., bei welchen die Frage der Aufrechnung in Betracht kommen kann, wird ausgeführt:

Der § 115 Abs. 1 und 2 GO. (Truckverbot) wird durch § 394 BGB. nicht berührt und ist daher in seinem ganzen Umfang in Kraft geblieben.

Die begrifflich von der Aufrechnung (§ 394) und Zurückbehaltung (§ 273) sich unterscheidende Lohneinbehaltung im Sinne des § 119a GO., die eine spätere Aufrechnung ermöglichen soll, ist nur gültig, wenn die Parteien die ihr zugrunde liegende Abrede am Zahltage getroffen haben. Denn an diesem Tage soll der Arbeiter über seinen Lohn frei verfügen können; ist die Abrede an diesem Tage erfolgt, so ist eine spätere Aufrechnung zulässig (126).

Die Lohnverwirkungsabrede (vgl. § 134 Abs. 2 GO.) ist als bedingter Aufrechnungsvertrag ebenso wie das Versprechen des Arbeiters, etwa anzusetzende Geldstrafen durch Abzug am jeweils fällig werdenden Lohne einziehen zu lassen (§ 134b Ziff. 4 GO.), insoweit ohne rechtliche Wirksamkeit, als der Aufrechnungsvertrag überhaupt ungültig ist. (A. M. für die Lohnverwirkungsabrede jetzt auch Landmann-Rohmer, Anm. 2 zu § 115, vgl. aber auch Anm. 5 zu § 134b GO.). Insoweit ist also § 134 Abs. 2 GO. wegen Wegfalls der von ihm vorausgesetzten Aufrechnungsbefugnis gegenstandslos geworden. Dagegen ist die Abrede, daß in zulässiger Weise (§ 119a GO., s. oben) einbehaltener Lohn unter gewissen Voraussetzungen ganz oder teilweise als verwirkt anzusehen sei, zulässig (126 und 136).

b) Lotmar 411. Verhältnis zu § 115 GewO.: Diese Vorschrift ist im Verhältnisse zum Aufrechnungsverbote des § 394 insofern

α. enger, als sie sich nur auf gewisse Arbeitgeber und gewisse Arbeitnehmer bezieht (Gewerbetreibende, aber auf solche jeder Art innerhalb der durch § 6 gezogenen Grenzen);

β. schärfer, als sie nicht bloß zivilrechtlich, sondern auch strafrechtlich sanktioniert ist;

γ. weiter greifend, als sie nicht an die Schranken gebunden ist, welche durch Vermittelung von ZPO. § 850 Nr. 1 und das Beschlagnahmeges. für § 394 gelten.

Dazu kommen noch die folgenden Unterschiede:

αα. Für § 115 GewO. ist es gleichgültig, ob dem Lohne, gegen dessen Forderung nicht aufgerechnet werden darf, Auslagenersatz beigemischt ist oder nicht (vgl. ob. 2).

ββ. Für § 115 GewO. ist es gleichgültig, ob das Arbeitsverhältnis die Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt oder nicht (vgl. ob. 2).

γγ. Für § 115 GewO. ist der Jahresbetrag der Vergütung gleichgültig (vgl. ob. 2).

δδ. Das Aufrechnungsverbot des § 115 GewO. wird durch Ablauf des Zahlungstags nicht hinfällig.

Das Gebot des § 115 GewO., die Löhne bar auszuzahlen, enthält ein Verbot der Aufrechnung gegen die Lohnforderung. Eine andere Ansicht, welche durch das Gebot der Barzahlung nicht jede andere Art der Schuldtilgung für verboten erachtet, sondern nur Hingabe an Zahlungsstatt, ist unrichtig (414 ff.). Nach der richtigen Ansicht hat § 394 auf § 115 GewO. keinen Einfluß. Anders nach der hier bekämpften Ansicht (417 f.). Die von der GewO. zugelassenen Ausnahmen vom Aufrechnungsverbote bestehen gegenüber dem Generalrechte des BGB. fort. Anders, wenn man die gegnerische Meinung vertritt, daß die GewO. kein allgemeines Aufrechnungsverbot enthält, daß sie im § 115 Abs. 2 nur Ausnahmen vom Kreditierungsverbote gibt, dann hat man es nicht mit Ausnahmen vom Aufrechnungsverbote zu tun. Dann wird allgemein erst durch § 394 die Aufrechnung ausgeschlossen.

Der Arbeitgeber kann gegenüber einer Vorschuß- oder Abschlagszahlung nicht aufrechnen, d. h. von derselben wegen einer Gegenforderung keinen Abzug machen (420 ff.). Die Vorschuß- und Abschlagszahlung wird ausschließlich im Interesse des Gläubigers verabredet und eine Zeit für dieselbe wird regelmäßig nur zugunsten des Gläubigers des Arbeitnehmers festgesetzt. Der Arbeitgeber hat darum kein Recht, die Vorschuß- und Abschlagszahlung zu machen. Dem Wesen dieser Zahlung entsprechend kann sie der Schuldner nur mit Einverständnis des Gläubigers machen. Demgemäß läßt sich nach dem Sprachgebrauche des BGB. vom Arbeitgeber nach Eintritt der für die Vorschuß- und Abschlagszahlung bestimmten Zeit nicht sagen, daß er „die ihm obliegende Leistung bewirken kann". Folglich ist es ihm nach § 387 BGB. verwehrt, seine Gegenforderung gegen die Vergütungsforderung aufzurechnen. Er kann dies vielmehr erst dann tun, wenn der Arbeitnehmer in die Vorschuß- und Abschlagszahlung willigt. Wenn der Arbeitnehmer selber zur bestimmten Zahlungszeit die Vorschuß- und Abschlagszahlung einfordert, so ist die Aufrechnung wiederum durch BGB. § 394 ausgeschlossen. — Diese Schranke der Aufrechnung greift weiter als die der GewO. und als die des § 394 BGB., letzteres deshalb vor allem, weil die Arbeitnehmer die Teilvertretung bis zum Hauptzahlungstage stehen lassen, ohne Aufrechnung befürchten zu müssen.

Francke, ThürBl. **50** 244: Die Aufrechnung gegen Lohnforderungen des Gesindes ist landesgesetzlich zulässig. Vgl. JDR. **1** zu § 394 Ziff. 2 a. E.

4. a) GG. Kiel, Baum, Handbuch f. GG. 367 (vgl. JDR. **1** Ziff. 3a zu § 394): Kläger ist entlassen, weil er von einer Maschine Metallteile losgelöst und sich diebisch zugeeignet hatte. Bei der Entlassung wurde ihm der Lohn einbehalten. Er fordert den Lohn. Beklagte bittet um Klagabweisung und führt aus: Kläger habe einen Schaden angerichtet, der die Höhe seiner Lohnforderung bei weitem übersteigt. Das GewGer. führt aus: Die Bestimmung des § 394 kann durch Parteiabreden nicht außer Kraft gesetzt werden. Deshalb ist ihr gegenüber die Bestimmung der beklagtischen Arbeitsordnung, nach welcher der Ersatz für die von Arbeitern an Maschinen verursachten Schäden durch Einbehaltung von Arbeitslohn eingezogen werden kann, als nicht zu Recht bestehend anzusehen. Die Beklagte kann sich also darauf, daß ihr durch die Arbeitsordnung die Einbehaltung des Lohnrückstandes, d. h. eine Kompensation mit der

Lohnforderung des Klägers, gestattet sei, mit Erfolg nicht berufen. Trotzdem ist die Aufrechnung zugelassen, und zwar aus folgenden Gründen: Die compensando geltend gemachte Forderung hat ihren Ursprung in einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Klägers. Gegen solche Forderungen ist gemäß § 393 BGB. die Aufrechnung nicht zulässig. Sonach sind sowohl Forderung wie Gegenforderung vom Gesetze mit Nichtaufrechenbarkeit ausgestattet, m. a. W.: das Gesetz gibt in beiden Fällen dem Gläubiger ein Anrecht auf reale Befriedigung. Danach ist der Erfolg der, daß die beiderseitige Nichtaufrechenbarkeit sich gegenseitig aufhebt und eine Aufrechnung wieder stattfinden kann. Es wäre sinnlos, wollte man fordern, daß die Beklagte bar leiste, was sie sofort bar zurückverlangen kann: dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

Abw. GG. Breslau, Baum a. a. O. 368: Aus dem Umstande, daß das Gesetz die Aufrechnung sowohl gegen eine unpfändbare Forderung als auch gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung verbietet, folgt nicht, daß beide gegeneinander aufgerechnet werden dürfen, sondern vielmehr, daß beide Forderungen auch gegeneinander nicht aufgerechnet werden dürfen. Vgl. GG. Berlin, v. Schulz und Schalhorn, Das Gewerbegericht, Berlin, 200.

b) AG. Cöln, Baum, Handbuch f. GG. 361 — s. auch ob. zu § 273 Note II b —: § 394 betrifft lediglich die gesetzliche Aufrechnung, während in der Arbeitsordnung der Abzug vom Lohne vertragsmäßig bedungen ist. Allein wie die gesetzliche, so erscheint auch die vertragliche Aufrechnung gegen eine Lohnforderung unzulässig. Dafür spricht die Erwägung, daß das Aufrechnungsverbot ebenso wie das Pfändungsverbot der ZPO. auf sozialpolitischen Gründen beruht und daher zwingenden Charakters ist. Der Ausschluß der vertraglichen Aufrechnung ergibt sich ferner aus § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes, wonach jede rechtsgeschäftliche Verfügung über eine der Pfändung nicht unterworfene Forderung ohne rechtliche Wirkung ist. Eine derartige Verfügung stellt auch der Aufrechnungsvertrag dar. Vgl. GG. Dortmund, Baum a. a. O. 369, GG. Stuttgart ebd. 369 f.

c) GG. Stuttgart, Baum, Handbuch f. GewGer. 374: Nach der Arbeitsordnung hat der Kläger durch seinen Vertragsbruch $^2/_3$ der von ihm gestellten Kaution als Konventionalstrafe verwirkt. Die Frage, ob der Beklagte berechtigt war, seine Forderung auf Bezahlung einer Konventionalstrafe in Höhe der Kaution durch Aneignung derselben zu realisieren, ist zu bejahen. Indem der Arbeitnehmer einen Teil seiner Lohnforderung vertragsmäßig als Kaution seinem Arbeitgeber überläßt, fordert er diesen Teil seines Lohnes nicht ein. Damit ist dem Arbeitgeber die Kompensationsbefugnis gegeben (§ 1 Lohnbeschlagnahmeges.). Anders ist die Sachlage, wenn keine Kaution bestellt, sondern lediglich vereinbart ist, der Arbeitgeber dürfe seine Gegenforderungen an den einzelnen Lohnforderungen des Arbeitnehmers jeweils abziehen. Denn dann hat der Arbeitnehmer nicht bereits fällig gewesenen Lohn bei seinem Arbeitgeber stehen lassen, sondern er hat im Widerspruche mit § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes, also in ungültiger Weise, über seine noch nicht fälligen Lohnforderungen einen Kompensationsvertrag mit seinem Arbeitgeber abgeschlossen.

5. a) GG. Stuttgart, Baum a. a. O. 376: Eine Lohnforderung ist, wie sich aus § 850 Ziff. 1 ZPO. in Verbindung mit § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes ergibt, dann pfändbar, wenn das Arbeits- oder Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Vergütungsberechtigten nicht vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Vorübergehende, nur für kurze Zeit in Aussicht genommene Beschäftigungen von Personen, welche in der Hauptsache nicht vom Lohnerwerb in dem betreffenden Gewerbe leben, fallen nicht unter das Gesetz. Der Berechtigte hat daneben noch andere Einkommensquellen. Wer eine Aushilfsarbeit

übernimmt, um seine frühere Schuld abzuverdienen, muß sich die Aufrechnung des Arbeitgebers gefallen lassen.

GG. Berlin, Baum a. a. O. 377; v. Schulz und Schalhorn a. a. O. 201: Wenn ein Arbeiter (Heimarbeiter) gleichzeitig bei mehreren Arbeitgebern beschäftigt ist, so ist die Voraussetzung des § 394 BGB. und des § 850 Ziff. 1 ZPO. nicht gegeben, da hier durch das Dienstverhältnis bei einem die Erwerbstätigkeit nicht vollständig in Anspruch genommen wird.

b) GG. Weimar, Baum, 374 f.: Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Lohnvorschüsse gegeben und wird der letztere zu einer Zeit entlassen, zu der er noch eine Vorschußschuld schuldet, so kann ihm diese vom Lohne abgezogen werden. Der Lohnvorschuß ist freiwillig vom Arbeitgeber im voraus gezahlter, noch unverdienter Arbeitslohn. Seine Voraussetzung ist Fortdauer des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitgeber wollte kein Geschenk machen, sondern eine Zahlung in der Erwartung und Voraussetzung, daß er diese freiwillige Vorausleistung an den folgenden Lohnzahlungsterminen wieder zurückerstattet erhalte. Treten solche Lohnzahlungen infolge Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr ein, so ist die dem ganzen Vorschußgeschäfte zugrundeliegende Voraussetzung weggefallen und der Arbeitgeber berechtigt, das Vorausgezahlte ganz zurückzufordern. Der Einwand der Unzulässigkeit der Aufrechnung (§ 394) verfängt hier nicht, weil Aufrechnung nur stattfinden kann, wenn sich zwei Personen Leistungen schulden. Der Arbeitgeber aber, wenn und soweit er Vorschuß geleistet hat, schuldet nicht mehr, da statt des zur Vorleistung verpflichteten Arbeitnehmers der Arbeitgeber vorgeleistet hat. Vgl. GG. Berlin, Baum a. a. O. 375, v. Schulz und Schalhorn a. a. O. 203; GG. Berlin, v. Schulz und Schalhorn a. a. O. 201: Die Verabredung, einen irrtümlich erhaltenen Lohnbetrag „abzuarbeiten", ist gültig, es liegt hierin keine Aufrechnungsvereinbarung.

6. LG. Naumburg, NaumbAK. **03** 90: Der Anspruch eines Krankenkassenmitglieds gegen die Krankenkasse auf Gewährung von Krankengeld kann mit der Gegenforderung der Kasse auf Zahlung einer festgesetzten Ordnungsstrafe aufgerechnet werden. Im § 394 Satz 2 sind die Ordnungsstrafen nicht erwähnt. Aber das Schweigen des BGB. beweist deshalb nichts und läßt den Schluß vom Gegenteil deshalb nicht zu, weil nicht das BGB., sondern das Krankenversicherungsgesetz Sitz der Bestimmung ist, welches nach Art. 32 EG. z. BGB. fortbesteht. Eine Aufhebung der Sonderbestimmung des § 56 KrankenversGes. aber, nach welcher die Kassen mit festgesetzten Ordnungsstrafen aufrechnen können, ist im BGB. nicht erfolgt und kann insbesondere in der allgemeinen Vorschrift des § 394 nicht erblickt werden.

7. OLG. **7** 317 (Dresden): Die Aufrechnung gegen einen gesetzlichen Alimentationsanspruch ist auch dann unzulässig, wenn derselbe vertragsmäßig anerkannt war. Denn der Anspruch, soweit er auf Gesetz beruht, verliert durch vertragsmäßiges Anerkenntnis nichts von dem Charakter einer gesetzlichen Unterhaltsforderung. Zu bedenken ist allerdings, daß die richterliche Feststellung der Unterhaltsrente nicht immer zu dem gleichen Ergebnisse, wie die vertragsmäßige führen muß, und der Richter möglicherweise eine Unterhaltspflicht überhaupt nicht für gegeben ansieht. Diese Möglichkeit kann jedoch nur zur Folge haben, daß dem Beklagten, wenn er gegen die vertragsmäßig festgesetzte Unterhaltsforderung aufrechnen will, der Nachweis nachzulassen ist, daß der Klägerin kraft Gesetzes kein Anspruch auf Unterhalt, oder ihr ein solcher nur in geringerem Umfange zustehe. Würde dieser Nachweis geführt, so müßte die Aufrechnung insoweit, als die vertragsmäßige Unterhaltsrente die gesetzlichen Alimenten übersteigt, aber auch nur insoweit, zugelassen werden.

8. RG. 55 1, JW. 03 Beil. 49: Eine Aufrechnung der Gegenforderung aus der Amtsunterschlagung mit der Forderung des Klägers auf Beamtengehalt ist unzulässig. Art. 81 EG. z. BGB. erhält nur Sonderbestimmungen des früheren Rechtes, welche diese Aufrechnung zulassen, aufrecht, dagegen nicht allgemeine Rechtsgrundsätze des früheren Rechtes, aus denen die Zulässigkeit der Aufrechnung gefolgert würde. Für Preußen sind landesgesetzliche Vorschriften, welche die Aufrechnung gegen die im Art. 81 bezeichneten Ansprüche abweichend von § 394 zulassen, nicht ergangen.

§ 396. Schneider, R. 03 566: Es wird zugegeben, daß auch eine eventuelle Aufrechnung notwendig ist. Hier gehen privatrechtliche und prozessuale Aufrechnung ihre eigenen Wege. Dies hat sich in einem Falle gezeigt, bei dem § 396 in Anwendung kam. Hätte ein Kläger mehrere Forderungen, von denen er eine einklagte, so wird der aufrechnende Teil, der Beklagte, auch durch den im verzüglichen Widerspruche des Klägers nicht daran gehindert, seine Gegenforderung gerade gegen die Klagforderung geltend zu machen. Dieser würde sonst zur Bekämpfung der Gegenforderung einen neuen Anspruch in den Prozeß einfügen müssen und somit gegen den prozeßrechtlichen Satz: compensatio compensationis non datur verstoßen.

Vierter Titel.
Erlaß.

§ 397. 1. Cohn, Erlaß und Verzicht nach dem BGB., Gruchots Beitr. **47** 221:

a) Erlaß. Der Verfasser erörtert das Kausalgeschäft, den abstrakten Erlaßvertrag, die Wirkungen des Erlasses.

Können die „Ansprüche" aus den §§ 861, 862 (Besitzstörung und Besitzentsetzung) im voraus erlassen werden oder die Folgen einer unerlaubten Handlung; was ist das Schuldverhältnis, das recht eigentlich vom § 397 betroffen wird? Erlaß ohne eigentliches Schuldverhältnis: §§ 814, 1620, 1624, 222, 656, 762.

Der Erlaßvertrag als Vertrag erfordert Antrag und Annahme. Die Einwirkung des § 151 (Vertrag ohne Erklärung der Annahme) auf die Konstruktion des Erlasses. Beweislast. Formfreiheit. Die Komplikationen, welche sich aus dem bedingten Erlaß ergeben (230). Das formlose Schenkungsversprechen wird durch den abstrakten Erlaßvertrag geheilt (233). Entgeltlicher Erlaß, datio in solutum; die Anfechtung wegen Willensmängel. Ist der Erlaß gültig, das Kausalgeschäft ungültig, so bleibt nur der Bereicherungsanspruch bestehen. Die Ausgestaltung des letzteren (234 ff.). Die Einwirkung der Verjährungsgesetze auf den anfechtbaren Erlaß (237 ff.) oder das anfechtbare Kausalgeschäft (239). Fälle der Nichtigkeit des Erlasses und des „Erlassens" (244).

Wirkung, das Erlöschen des Schuldverhältnisses. Die Bedeutung des Schuldversprechens, des Schuldanerkenntnisses, endlich der Leistung selbst, die nach dem Schulderlaß getätigt werden. Kritik der bisherigen Judikatur des RG. zu dieser Frage (246 ff.). Wirkung der Anfechtung des Erlasses auf Grund des RAnfGes. vom 26. Juli 1879.

b) Verzicht. Begriffsbestimmung. Der Verzicht erfordert, abweichend vom Erlaß und abweichend vom ersten Entwurf, nur innerhalb eines begrenzten Gebiets die Vertragsform. Anwendungsgebiet des Verzichts (251 ff.). Verzicht als Schenkung; die Abgrenzung nach den §§ 137, 138 BGB.; Abgrenzung nach der Natur des subjektiven Rechtes (253 ff.).

Hauptfrage, ob einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung genügt oder Vertragsform erforderlich ist. Das in Betracht kommende subjektive Recht entscheidet. Einseitiger Verzicht bei den dinglichen Rechten (255 ff.). Verzicht auf die Wirkungen aus einer bestimmten Rechtsposition (256 f.). Der Verzicht auf gegebene subjektive Rechte außerhalb eines Schuldverhältnisses (258 ff.). Der Verzicht im Rahmen des Schuldverhältnisses (261 ff.). Verzicht auf einzelne Funktionen desselben, Verzicht auf die Leistung. Die meisten hier in Betracht kommenden Fragen finden ihre Beantwortung im § 305. Es folgt eine eingehende Erörterung der Tragweite dieses Paragraphen und des in den Worten: „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt", gemachten Vorbehalts. Verzicht auf die Aufrechnungsbefugnis, auf den Widerruf. Die Ausnahme, die durch den § 363 gegeben. Erörterung der Tragweite dieses Paragraphen für die Lehre vom Verzicht, sein Anwendungsgebiet im speziellen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse (264 ff.); eine Ausnahme vom § 363 hinwieder bilden die Leistungen, die der Annahme nicht fähig sind. Die Sukzessivleistungen (267).

Verzicht auf Einrede und Verzicht auf Einwand (268 ff.). Bekämpfung der Planckschen Theorie. Die Frage ist auf § 305 zurückzuführen. Einrede des Bürgen § 773, Verzicht auf § 544. Verzicht auf die exceptio doli (273). Verzicht im Falle des § 355 (274). Liegt in der Unterlassung des Widerspruchs gegen die Kündigung Verzicht? (277).

Verzicht auf den Einwand (278 ff.). Alternativobligation. Verzicht auf die Anfechtung der Willenserklärung wegen Willensmängel. Verzicht auf die Aufrechnung. Verzicht auf einen Einwand bedarf nicht der Vertragsform.

Verzicht auf die Leistung als solche, Anwendungsgebiet: der Dienstvertrag, Werkvertrag (280 ff.). Verzicht beim zweiseitigen Vertrag auf Grund des § 17 der KonkO.

Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft und Verzicht auf den Pflichtteil, Erläuterung der §§ 1614, 1704, 1406, 1643, 1822 Nr. 2 in ihrer Bedeutung für die Lehre vom Verzicht (282 ff.). Ist Verzicht Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses, so bedarf er der Vertragsform (285). Der Verzicht kann an sich eine Einrede oder einen Einwand begründen, das Recht auf den Verzicht nur eine Einrede (286), § 1169. Fragen für die Übergangszeit (287).

2. Leske, BGB. 164: Ist die Befreiung von der Schuld ohne rechtlichen Grund erfolgt, so kann der Gläubiger nach Maßgabe über die ungerechtfertigte Bereicherung die Wiederherstellung des Schuldverhältnisses verlangen. Vgl. **RG. 55** 296.

3. **RG. 55** 294: Erfolgt der Erlaß zum Zwecke der Schenkung, so ist er doch nicht an die Form des § 518 zu binden. Denn der Erlaß bringt nach § 397 das Schuldverhältnis zum Erlöschen, trägt also seine Vollziehung, mithin, wenn er schenkungsweise erfolgt, die Vollziehung der Schenkung in sich, und diese ersetzt nach § 518 Abs. 2 die für den Schenkungsvertrag erforderliche Form, so daß die Ungültigkeit des Rechtsgrundes nicht mehr geltend gemacht werden kann. Nach dem im BGB. herrschenden Grundsatze der Vertragsfreiheit kann von dem Schenkgeber dem Schuldner die Kapitalschuld sofort erlassen sein und derselbe verpflichtet bleiben, die Zinsen zu zahlen, solange ersterer noch lebt.

Vierter Abschnitt.

Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung (zu §§ 398—432): Der vierte, fünfte und sechste Abschnitt umfaßten im JDR. **1** 42 und umfassen in dem vorliegenden Jahrgange 15 Seiten. An grund=

legenden begrifflichen Erörterungen und dogmatischen Arbeiten fehlt es so gut wie gänzlich. Es findet sich keine einzige monographische Darstellung, kaum da und dort ein umfassenderer Zeitschriften-Aufsatz. Dagegen sind einige praktisch brennende Fragen reichlich erörtert worden: so aus dem vierten Abschnitte die Frage der Abtretung künftiger Forderungen, die in Übereinstimmung mit der bis dahin schon herrschenden Meinung vom RG. für zulässig erklärt worden ist, so auch Fragen aus dem Kapitel der fiduziarischen Abtretung, die allgemein als gültig und statthaft angesehen wird. Bedeutsam ist aber, daß das RG. (vgl. zu § 398 Note 3b) dem debitor cessus im Falle des nach sonstigen Vorschriften zulässigen internen Widerrufs zwischen Zedenten und Zessionar unbedenklich die Einrede der hinweggefallenen Berechtigung, der mangelnden Aktivlegitimation gewährt. Bemerkenswert ist auch die Entscheidung des Kammergerichts (zu § 398 Note 3d), in der das Zeugnis des Zedenten gewertet, d. h. gebrandmarkt und somit einmal ausgesprochen wird, was ist. Dagegen hat die Rechtsprechung nicht die Zustimmung der Literatur in der Frage der Schriftlichkeit der kumulativen Schuldübernahme finden können (§ 414 Note 4). Unbedingt dem RG. zustimmende Ansichten finden sich kaum; bedingt stimmen nur wenige bei, während die meisten das Schriftlichkeitserfordernis — wohl mit Recht — verneinen. Von einer ständigen Judikatur kann man angesichts der spärlichen Zahl der veröffentlichten einschlägigen Erkenntnisse noch nicht sprechen. — Im übrigen sind nur Einzelheiten erörtert worden; manches schon der vorigen Berichtsperiode Angehörige ist nachgetragen. —

§ 398. 1. Vorvertrag über Abtretung. **RG. 54** 146 ff.: Bei einem pactum de cedendo bleibt der Gläubiger, solange er den Vollzugsakt nicht vorgenommen hat, der Inhaber der Forderung. Er kann sie anderweit an einen Dritten abtreten oder verpfänden; sie kann von seinen Gläubigern gepfändet werden; und wenn er in Konkurs fällt, kann der andere nur als Konkursgläubiger Ansprüche geltend machen. Der gleichen Beschränkung unterliegt die Stellung des anderen gegenüber dem Erben des Gläubigers. Doch tritt der begriffliche Unterschied zwischen dem Vertrage über Abtretung und der Abtretung selbst praktisch dann nicht hervor, wenn beide Verträge den gleichen Formvorschriften unterliegen.

2. Abtretung künftiger Forderungen.

a) α. Heuer, DJZ. **03** 28 f.: Abtretbar sind nicht nur schon bestehende, sowie betagte und bedingte, sondern auch zukünftig erst entstehende Forderungen. Als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Abtretung letzterer muß nur eine so genaue Bezeichnung des Rechtsgrundes, aus dem die zedierten Forderungen entstehen sollen, gefordert werden, daß über das Objekt der Abtretung kein Zweifel entstehen kann. Ebenso Kuhlenbeck und Matthiaß, auch OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** 27.

β. Gegen Heuer ebenda 342 Straus, weil die Abtretung ein abstraktes Rechtsgeschäft sei und also gewissermaßen dinglichen Charakter habe Nur obligatorische Geschäfte sind bezüglich zukünftiger Forderungen möglich. (Näheres bezüglich der Protokolle das.) — Weiterhin sind zukünftige Forderungen nicht den bestehenden, bloß unbekannten unterzuordnen. Anders verhält es sich mit bloß bedingten Forderungen, ferner solchen, die aus dem Eigentum an einer dem Vermögensganzen zugehörigen Sache oder der Herrschaft über ein solches Recht sich ergeben können. Bezüglich zukünftiger Schadensersatzansprüche und ihrer Abtretung im Versicherungsverhältnisse s. a. a. O. Straus hält sie für nichtig.

γ. Dagegen schließt sich Abrahamsohn ebenda 343 Heuer an, obwohl er meint, daß seine Ausführungen eine gesetzliche Grundlage nicht besitzen. Er weist deshalb auf das gesetzliche Beispiel des § 717 Satz 2 hin (§ 721), ebenso auf den Auseinandersetzungsanspruch. In beiden Fällen liegen künftige Forderungen vor, die sogar nach § 725 pfändbar sind. — In gleichem Sinne Staub,

DJZ. ebenda 360, nach dem in gleicher Weise die Frage zu beantworten ist, ob sonstige künftige Rechte, z. B. Geschäftsanteile einer G. m. b. H., zediert werden können. § 312 zeige, daß BGB. die Abtretung künftiger Rechte nicht für eine begriffliche Unmöglichkeit halte, der vor der Entstehung des Rechtes vereinbarte Übergang werde wirksam in dem Augenblicke, wo das Recht entstehe.

δ. Lippmann ebenda 471 schließt sich Heuer insofern an, als es sich um eine Abtretung oder um eine Verpfändung im Wege des freien Verkehrs handelt, nicht aber bezüglich des Falles einer Pfändung und Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung. Während der freie Verkehr Rechte schafft, handelt es sich hier lediglich um die Realisierung bereits entstandener Rechte. So gehen auch alle Einzelbestimmungen über die Zwangsvollstreckung in Geldforderungen von der Voraussetzung aus, daß die Forderung an den Drittschuldner bereits existent sein muß (§§ 829, 835, 836 Abs. 3, 840 ZPO.). Die praktische Nutzanwendung ist, daß ein späterer Zessionar einer solchen wirkungslos gepfändeten und überwiesenen Forderung einem solchen Exekutionssucher selbst dann vorgehen muß, wenn selbst zur Zeit der Zession die Forderung noch nicht entstanden war, und eine frühere Überweisung gewährt einer späteren gegenüber auch kein Vorrecht.

ε. Bejahend ferner das **RG. 55** 334, JW. **03** Beil. 124, DJZ. **03** 573 Nr. 115 in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung. Die Bejahung der Zulässigkeit entspricht auch unverkennbar einem dringenden Verkehrsbedürfnisse, dessen Nichtbefriedigung, falls sie vom BGB. gewollt wäre, sicher nicht ohne nähere Begründung geblieben wäre. Der zweite Satz des § 398 steht dieser Auffassung nicht entgegen.

b) Langheineken 55 ff.: Die Abtretung einer künftigen Forderung ist ebenso ausgeschlossen, wie die Verpfändung einer solchen. Es kann nur die Übernahme der Verpflichtung, den Anspruch nach seiner Entstehung abzutreten, stattfinden, genau wie bei der Zession einer fremden, vom Zedenten erst noch zu erwerbenden Forderung. Dagegen können betagte und bedingt wirksame Forderungen und Ansprüche — d. h. solche, bei denen lediglich die Durchführung, die Verwirklichung hinausgeschoben ist (a. a. O. 51, 52), — unbeschränkt abgetreten werden. — A. a. O. 63 ff. über die Stellung solcher Forderungen im Konkurse.

3. Fiduziarische Abtretung. Vgl. JDR. **1** Note 6 und oben zu § 117 Note 2.

a) Begriff.

Wienstein, Bemerkungen zum Begriffe des „fiduziarischen Rechtsgeschäfts", Gruchots Beitr. **46** 241 ff., erörtert 248 ff. den Fall der sog. fiduziarischen Übertragung von Forderungen. Er wendet sich gegen Stammler, Allg. Lehren § 54 (53), der annimmt, daß § 409 den Schuldner sichern und dem Zedenten gegenüber decken soll. Denn er kann sich auch auf andere Weise, als im § 409 vorgesehen ist, dem Schuldner gegenüber legitimieren. Wienstein versteht mit Stammler unter der fiduziarischen Abtretung die „Überlassung des Rechtes des Gläubigers zur selbständig berechtigten Einziehung". Dem berechtigten Interesse des Schuldners kommt die praktische Behandlung der Rechtsfälle dadurch entgegen, daß die abstrakte Wirkung der Zession vor allem den Zessionar dem Schuldner gegenüber legitimieren soll und das zugrunde liegende Rechtsverhältnis den Schuldner nichts angehe. S. auch unter d unten.

b) Verhältnis zum Scheingeschäft.

KGBl. **03** 68 (KG.): An sich bestehen gegen die fiduziarische Abtretung keine Bedenken. Verschieden davon ist die Frage, ob eine solche Abtretung zustande gekommen ist oder ein Scheingeschäft (§ 117) vorliegt. — S. auch JDR. **1** 301 Note 6 a. E.

Leske, BGB. 169. Der Schuldner kann die Sachlegitimation des neuen Gläubigers mit dem Hinweise bekämpfen, daß die Abtretung nur zum Scheine erfolgt und deshalb nichtig sei, ohne ein besonderes Interesse an diesem Einwande dartun zu müssen.

Ein Scheingeschäft liegt nicht vor, wenn die Abtretung zum Inkasso, d. h. zu dem Zwecke vereinbart ist, daß der Zessionar die Forderung für den Zedenten und in dessen Namen einziehe und die eingezogene Forderung an den Zedenten abführe. — Eine solche fiduziarische Zession ist ein ernsthaftes Rechtsgeschäft und enthält die Übertragung des Gläubigerrechts auf den Zessionar mit der Wirkung eines Inkassomandats. Vgl. **RG. 30** 275 Nr. 80.

S. ferner **RG. 53** 417 ff., JW. **03** Beil. 53: Die Übertragung einer Forderung durch Zession zum Zwecke der Einziehung ist wirksam; der Schuldner kann dem Zessionar weder die Einrede der Simulation entgegensetzen noch die Klageberechtigung bestreiten (§§ 117 Abs. 2, 398, 409). *Diese Abtretung kann aber zu jeder Zeit widerrufen werden.* Wird auch die Übertragung des Gläubigerrechts durch den abstrakten Abtretungsvertrag bewirkt, so bleibt durch ihn das durch Vollmacht, Auftrag, Dienstverhältnis usw. begründete Rechtsverhältnis zwischen Zedenten und Zessionar nicht berührt. *Mit dem Widerrufe* (gemäß §§ 168 Abs. 2, 627 Abs. 1, 671 Abs. 1) *fällt die Berechtigung des Zessionars zur Einziehung der Forderung dem Zedenten gegenüber fort. Der Schuldner kann sich auf den Fortfall der Berechtigung berufen.* Er macht damit nicht ein fremdes, sondern eigenes Recht und Interesse geltend. Er hat ein berechtigtes Interesse daran, nicht wider den Willen des wahren Gläubigers durch einen dritten Unbeteiligten mit einem Prozeß überzogen zu werden. — S. ferner oben zu § 242 Note 4e und unten zu § 409 Note 2.

Staub billigt, DJZ. **03** 389, diese Entscheidung gegenüber der Auffassung von *Durchholz*, Gruchots Beitr. **47** 533.

c) *Wirkungen.*

OLG. Rostock, MecklZ. **22** 3 ff.: In der Vereinbarung, daß der bisherige Gläubiger die Forderung im eigenen Namen gegen den Schuldner geltend machen solle, ist nicht nur eine Ermächtigung hierzu zu erblicken, sondern sogar weitergehend anzunehmen, daß, wenn die Vereinbarenden jenes Ergebnis gewollt haben, sie auch das Mittel, welches dahin führte, gewollt haben, und daß die Forderung insoweit *eine eigene* des bisherigen Gläubigers sein sollte, sei es nun, daß sie formell *noch nicht* auf den neuen Gläubiger übergehen, dieser vielmehr nur der materiell Interessierte werden und der bisherige nur die Stellung eines Bevollmächtigten haben sollte, sei es, daß, falls die Vereinbarung *nach* der Abtretung erfolgte, eine — möglicherweise stillschweigende — Rückübertragung in ihr erblickt werden müßte, welche wiederum dem jetzigen Kläger formelles Gläubigerrecht verschaffte, während der neue Gläubiger in der Stellung des materiell Berechtigten verblieb. In beiden Fällen ist die Berechtigung des Klägers zur Geltendmachung des Anspruchs nicht zu beanstanden.

d) *Der Zedent als Zeuge.*

α. *Wienstein* a. a. O. führt aus — s. auch oben zu a —: Die etwaige Behauptung des Beklagten, daß die Zession allein zu dem Zwecke erfolgt sei, daß der Zedent als Zeuge vernommen werden könne, ist kaum anders als durch Eideszuschiebung unter Beweis zu stellen; und diesen Eid kann der Zessionar meist leisten, weil ihm ja tatsächlich Befugnisse übertragen worden sind, von welchen er ohne Rücksicht auf seine Stellung gegenüber dem Zedenten Gebrauch machen kann.

Bedenklich findet Verfasser die Entscheidung des **RG. 44** 374, wo die unmittelbare Beteiligung des Zedenten-Zeugen am Ausgange des Rechtsstreits an-

genommen worden ist, weil zwischen ihm und dem Zessionar-Kläger verabredet worden war, daß ein Teil der einzuziehenden Summe auf Verbindlichkeiten verrechnet werden sollte: nicht der Ausgang des Rechtsstreits, sagt Wienstein, sondern nur der Eingang der eingeklagten Summe kann den in Aussicht genommenen Erfolg haben.

β. KGBl **14** 32 (KG.) enthält eine scharfe Brandmarkung der Aussagen von als Zeugen vernommenen Zedenten; zu der Aussage des regreßpflichtigen Zedenten müssen, damit sie glaubwürdig sei, Umstände persönlicher Art oder solche, die sie tatsächlich unterstützen, hinzutreten.

e) Eccius hält, DJZ. **03** 210, den vom RG. **52** Nr. 57 aus dem Geständnisse des Inkassomandats genommenen Schluß auf Arglist für hinfällig und bezweifelt die Richtigkeit des Urteils. S. auch JDR. **1** Note 6 a. E.

4. Oertmann, ÖstAGZ. **02** 201, Anm. 20a, bezweifelt, daß natürliche Verbindlichkeiten zediert werden können.

5. Der Umfang des Interesseanspruchs richtet sich nach der Person des Gläubigers. Bei der Zession einer Schadensersatzforderung wirft sich nun die Frage auf, ob Person und Verhältnisse des Zedenten oder die des Zessionars maßgebend sein sollen. Darüber im einzelnen Fischer, Der Schaden 77 ff.

6. Aus der Rechtsprechung:

a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 194: Indem das BGB. die Übertragbarkeit der Forderungen als Regel aufstellt, geht es davon aus, daß die fragliche Forderung auf Erlangung eines Verkehrsguts gerichtet ist, so daß die Bindung an die Person des ursprünglichen Gläubigers und Schuldners gegenüber dem Inhalte der Leistung, dem Verkehrsgute selbst, in den Hintergrund tritt. Deshalb ist ein Anspruch aus § 894 nicht abtretungsfähig; der Konsens hat ausschließlich für den dinglich Berechtigten einen Vermögenswert.

b) Über einen Fall, wo der Käufer eines Grundstücks dem Verkäufer auf den Kaufpreis eine Hypothek „mit allen Rechten, Klagen und Vorzügen unter Haftung für Bestand und Einbringlichkeit" abtritt, s. BayrObLG. **4** 336 ff. Es wurde angenommen, daß der Abtretende, indem er mit Rücksicht auf die Güte der Hypothek die Haftung für die Einbringlichkeit der Forderung übernahm, dafür einstand, daß die Zessionare die Befriedigung aus dem Anwesen erlangten, aus dem beide Teile sie erwarteten, daß mithin die Frage der Zahlungsfähigkeit der persönlichen Schuldner außer Betracht bleiben müsse, so daß nicht etwa von einer Schadlosbürgschaft gesprochen werden könne und der Zessionar erst die Vorausklage gegen die persönlichen Schuldner anstrengen müsse.

c) S. ferner unten zu § 413.

d) RG. **53** 270, JW. **03** Beil. 34 (Gültigkeit formloser Abtretung eines obligatorischen Anspruchs auf Auflassung) s. JDR. **1** zu §§ 398, 399 Note 5.

§ 399. Über die Abtretung von Ansprüchen, welche in der Person des Zedenten inhaltlos (actiones inanes) sind und sich in der Person des Zessionars mit neuem Inhalte füllen, vgl. Fischer, Der Schaden 105 ff. (eigenes und fremdes Interesse).

§ 400. Da Forderungen aus nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen pfändbar sind (vgl. Struckmann-Koch, ZPO. 933, 1 zu §§ 828—863; Gaupp-Stein II 576 I zu § 829; Flechtheim, Buschs Z. **28** 265, 266), kann die Zessionsfähigkeit der in Rede stehenden Forderungen nicht bezweifelt werden. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 85, 86.

§ 401. Das kaufmännische Retentionsrecht geht nicht über. ROHG. **5** 304; Prot. II 77[9]; Leske 166 Anm. 2.

OLG. **6** 84—85 (Naumburg) hält mit den Protokollen, Oertmann zu § 401 und Francke, R. **02** 460, die entsprechende Anwendung der Vorschrift

auf andere zur Verstärkung einer Forderung dienenden entsprechenden Nebenrechte für geboten, insbesondere die Befugnis des Bauhandwerkers aus § 648. S. auch unten zu § 648.

§ 402. **RG. 54** 111, JW. **03** 55: Nicht ohne weiteres hat mit der Abtretung der Forderung auch der Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefs (§ 931) als abgetreten zu gelten; dies muß vielmehr als rechtsgeschäftliche Absicht der an der Zession Beteiligten erkennbar und zum Ausdrucke gebracht sein.

§ 404. OLG. **6** 10 (Celle): Der Einwand des Drittschuldners, — im Falle der Pfändung und Überweisung einer Forderung —, daß der Gläubiger arglistig handle, wenn er die ihm überwiesene Forderung seines Schuldners einklage, obwohl er wegen seiner eigenen Forderung gegen diesen befriedigt sei, ist als Einwand aus dem Rechte eines Dritten (des Schuldners) unzulässig. Ihm, dem Drittschuldner, gegenüber handelt der Gläubiger nicht arglistig; denn er ist durch den Überweisungsbeschluß gedeckt (§ 836² ZPO.).

§ 405. 1. Langheineken 305ff. nimmt gegen Planck zu § 1157 Note 2 a. E., Oertmann zu § 405 Note 2 mit Crome, Kipp und Schollmeyer an, daß die Geltendmachung der Umstände im § 405 keine Einrede enthält. Denn ein nur zum Schein eingegangenes oder anerkanntes Schuldverhältnis ist nichtig (§ 117 Abs. 1); es war also überhaupt kein Anspruch begründet, es konnte also auch ein solcher durch Abtretung nicht erworben werden. Ebenso verhält es sich bei einem vertragsmäßigen Ausschlusse der Abtretung.

2. Knitschky, Das vertragsmäßige Schiffspfandrecht, Gruchots Beitr. **45** 795; s. auch JDR. **1** zu § 1266: Die Voraussetzungen des § 405 werden bei den einer Schiffsverpfändung zugrunde liegenden Forderungen fast ausnahmslos zutreffen. Eine Ausdehnung des § 405 auf die Eintragung (im Schiffsregister) erscheint, wenn auch naheliegend, so doch bedenklich, weil die Eintragung weder bestimmt ist, das Schuldverhältnis zu beurkunden, noch die Eintragung selbst oder ein Hypothekenbrief dem Erwerber vorgelegt wird.

§§ 406, 407. 1. Über die §§ 406, 407 im Gegensatze zum französischen Rechte s. **RG.** JW. **03** Beil. 20.

2. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 222ff., SächsOLG. **24** 430 (s. schon JDR. **1** zu § 407 Note 3) über Benachrichtigung des Schuldners von der Abtretung durch den neuen Gläubiger. Sind Zweifel an der Richtigkeit vorhanden, so ist es möglich, gemäß § 410 um Vorlegung von Nachweisen zu ersuchen oder sich an den bisherigen Gläubiger um Aufklärung der Sache zu wenden.

3. Eccius, DJZ. **03** 209, bezweifelt gegenüber **RG. 52** Nr. 50, ob sich die einseitige Betonung eines logischen Gesichtspunkts hier nicht als gefährlich erweist (Beispiele a. a. O.). In dergleichen Fällen muß das Verhalten des Zedenten so aufgefaßt werden, als ob er den Vorteil für den an seine Stelle getretenen Zessionar bedinge, und das des Schuldners so, daß er ihn dem Forderungsberechtigten einräumen will.

§ 408. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 86: Eine Ausdehnung des Abs. 2 auf den Fall der durch einen Dritten bewirkten Beschlagnahme der zedierten Forderung findet nicht statt; es behält bei der allgemeinen Regel des § 398 Abs. 2 sein Bewenden. Für den Schuldner besteht kein Schutzbedürfnis, wenn ein die Forderung betreffendes Rechtsgeschäft desselben gar nicht in Frage steht, vielmehr im Gegenteil dem Drittschuldner ein gerichtliches Leistungsverbot auferlegt wurde.

§ 409. 1. Eine von dem Schuldner an den angezeigten Zessionar bewirkte Leistung ist dem Zedenten gegenüber wirksam, auch wenn der Schuldner

die Nichtabtretung oder die Unwirksamkeit der Abtretung gekannt hat. Leske, BGB. 170.

2. **RG. 53** 420, JW. **03** Beil. 53 (s. auch oben zu § 242 Note 4e und zu § 398 Note 3b): Der § 409 Abs. 1 soll dem Schuldner nicht die Einrede der Arglist abschneiden, die begründet ist, wenn der unter der Form der Zession materiell nur zur Einziehung der Forderung für den Zedenten ermächtigte Zessionar seine formelle Legitimation gegen den Willen des Zedenten zum Nachteile des Schuldners geltend macht.

3. LG. I Berlin, KGBl. **14** 43: Geht man davon aus, daß der Schutz des gutgläubigen Dritten einer der Hauptgrundsätze des BGB. ist, so muß man § 409 auch dort zur Anwendung bringen, wo ein Dritter eine Forderung erwirbt, vertrauend auf die Richtigkeit der dem Schuldner seitens des Gläubigers zugegangenen Mitteilung von der erfolgten Zession. (A. M. daselbst Anmerkung: Der Grund scheint bedenklich, weil die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb sich immer nur auf den rechtsgeschäftlichen beziehen.) Außerdem muß darauf geachtet werden, daß, wer nur ein Inkassomandat erteilen will, nicht eine Zession vornehme, welche den Übergang des Eigentums in sich schließt.

4. Knitschky a. a. O. (s. zu § 405 Note 2) 799—800: Die Abtretung der Forderung beim Schiffspfandrecht ist an keine Form gebunden. Dennoch kann sie mittelbar einen gewissen Schutz des neuen Pfandgläubigers herbeiführen: im Falle des § 409. Dadurch ist der neue Gläubiger wenigstens so lange gesichert, als nicht der Abtretende in einem Rechtsstreite mit ihm die Ungültigkeit der Übertragung darzutun vermag.

Noch wichtiger ist diese Bestimmung für den Schuldnereigentümer. Er kann sich überhaupt auf Rechtsgeschäfte mit dem bisherigen Gläubiger in demselben Umfange, wie jeder andere Schuldner, berufen (§§ 407—409). Soweit es dabei auf seine Kenntnis von der Zession ankommt, gereicht dem Erwerber wiederum die Umschreibung zum Vorteile. Nach § 121 FrGG. macht die Behörde sie dem Eigentümer bekannt, so daß er sich von nun an nicht mehr auf Unkenntnis berufen kann. Doch ersetzt diese Mitteilung nicht die des § 409, da sie nicht auf Betreiben des bisherigen Gläubigers erfolgt. Eine entsprechende Anwendung des § 409 auf diesen Fall ist daher bedenklich.

§ 410. 1. HansGerZ. **03** Beibl. 202, SchleswHolstAnz. **67** 347, OLG. **7** 297 ff. (Hamburg) verneint die Frage, ob die Befugnis aus § 410 ein „fälliger Anspruch" im Sinne des § 273 sei. Dem debitor cessus steht ein Anspruch gemäß § 194 gegenüber dem Zessionar nicht zu; er kann nicht selbständig gegen ihn vorgehen. Solange dieser Leistung nicht verlangt, ist er dem debitor cessus zu nichts verpflichtet. Seine Befugnis aus § 410 ist deshalb lediglich eine Einschränkung seiner eigenen Leistungspflicht. Die Sicherung des debitor cessus kann ebensowohl nach Abs. 2 durch eine schriftliche Anzeige des Zedenten beschafft werden. Durch derartige, zur Sicherung des leistenden Schuldners gegen wiederholte Inanspruchnahme gegebene Vorschriften (Art. 39 WO., § 368 BGB.) wird ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273) und eine Zug-um-Zugleistung (§ 274) nicht begründet. —

Ebenso Hellbach, R. **03** 571, der weiter bemerkt: Der Schuldner darf nicht schlechthin zur Leistung, sondern nur gegen Aushändigung einer Abtretungsurkunde verurteilt werden, ohne Rücksicht darauf, ob er die Aushändigung verlangt hat oder nicht, — entsprechend dem Art. 39 der WO., — sofern der Ausnahmefall des Abs. 2 nicht vorliegt.

Leske 170 Anm. 9; Planck II 95 Anm. 3; (a. M. Endemann § 152 Anm. 14): Der Schuldner hat kein Zurückbehaltungsrecht, sondern gegenüber der

Klage des Zessionars nur eine dilatorische Einrede, die zu seiner Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führt.

Über die Mahnung durch Zessionare s. ferner de Claparède, Beiträge 132 ff.: Der debitor cessus hat im Verweigerungsfalle (bei mangelnder Legitimation) eine dem Retentionsrechte nur ähnliche verzögerliche — zur Zug-um-Zug-verurteilung führende — Einrede. Dem Gläubiger steht ein Sicherheitsannahmezwang (dem Schuldner gegenüber) regelmäßig nicht zu; — von den Fällen, die dem Schuldner einen selbständigen Abnahmeanspruch gewähren (wie §§ 433, 640 BGB.), abgesehen.

2. Die Aushändigung ist keine Willenserklärung, sondern eine private Handlung ohne Äußerungsgehalt. Eltzbacher 216.

3. Brückmann, DJZ. **03** 547, erblickt in dem Falle des § 410 BGB., § 94 ZPO. einen typischen Fall der „Mutwilligkeit" im Sinne der Bestimmungen der ZPO. über das Armenrecht.

4. a) HansGerZ. **03** Beibl. 202, SchleswHolstAnz. **67** 347, OLG. **7** 298—299 (Hamburg) — s. auch Note 1 oben —: § 410 schreibt nicht auch die Herausgabe der Vollmacht des Vertreters vor, welcher die Urkunde für den Zedenten unterschrieben hat.

b) KG., KGBl. **03** 71: Der Schuldner ist trotz Vorlegung der Urkunde nicht unbedingt gesichert. Hat er begründete Zweifel an der Berechtigung des Zessionars, so muß er den Schuldbetrag hinterlegen.

§ 412. 1. **RG.** PosMschr. **03** 157: Sagt das Gesetz, daß der Zahlende an die Stelle des Gläubigers tritt, so heißt das nichts anderes, als daß die Forderung von dem befriedigten Gläubiger auf den Zahlenden übergeht. Es kann auch daraus, daß BGB. in Fällen, wo eine Übertragung von Forderungen kraft Gesetzes stattfindet (z. B. §§ 268, 426, 774, 1143, 1225), sich des Ausdrucks bedient, daß die Forderung „übergeht", ein Bedenken nicht hergeleitet werden. Sachlich bedeutet es nichts anderes, als daß ein neuer Gläubiger an Stelle des bisherigen tritt (Fall aus § 225 Abs. 2 KO.).

2. Alfred Olshausen, Die Ansprüche der Armenverbände auf Grund des § 57 Abs. 2 des Krankenversicherungsgesetzes, VerwA. **12** 1 ff., bemerkt 64 ff.: Auf Grund des § 57 Abs. 2 tritt eine gesetzliche Forderungsübertragung ein, kraft deren der Armenverband, sobald und soweit er dem Unterstützten etwas geleistet hat, in dessen Rechte gegen die Krankenkasse eintritt, und bei welcher der Unterstützte der Zedent, der Armenverband der Zessionar und die Kasse der debitor cessus ist. Gleichwohl finden die Grundsätze des Privatrechts nicht ohne weiteres Anwendung. Die Anwendbarkeit ist im einzelnen nachzuprüfen.

a) Während sich gemäß § 398 der Übergang der Forderung durch Vertrag mit dem Abschlusse vollzieht, vollzieht er sich bei der gesetzlichen Zession mit dem Eintritte der durch das Gesetz für die Zession statuierten Voraussetzungen. Der Armenverband wird also erst dann Gläubiger, wenn er geleistet hat. Der Anspruch geht, sofern es sich nicht um eine einmalige Unterstützung handelt, nach Maßgabe der fortschreitenden Unterstützungsdauer, also an jedem Tage zu einem entsprechenden Teile über.

b) § 399 findet keine Anwendung. Der Natur der Sache entsprechend und gemäß § 57 Abs. 5 a. a. O. verändert sich durch den Übergang des Anspruchs der Inhalt der Leistung, soweit es sich um ärztliche Behandlung usw. handelt; trotzdem ist § 57 Abs. 2 gemäß Art. 32 EG. z. BGB. in Kraft geblieben. — Ebensowenig kommt § 400 gegenüber § 57 Abs. 2 in Betracht.

c) § 401 — praktisch bedeutungslos — ist anwendbar.

d) §§ 402 ff. sind anwendbar, betreffen aber lediglich das Verhältnis des Armenverbandes zu dem Unterstützten.

e) § 404 findet Anwendung. Die Kasse kann z. B. einwenden, daß der Unterstützte schon vor der Erkrankung ausgeschlossen war, daß er schon die volle Unterstützung erhalten habe usw.

f) § 406 ist anwendbar (Widerlegung der gegenteiligen Ansicht a. a. O. 66, 67).

g) § 407 findet gleichfalls Anwendung. Woher die Kenntnis stammt, ist gleichgültig; sie braucht nicht auf einer Mitteilung des Armenverbandes zu beruhen; aber solche Mitteilung genügt immer, um eine rechtswirksame Zahlung der Unterstützung seitens der Kasse an den Unterstützten auszuschließen.

§ 413. **RG. 53** 110, JW. **03** Beil. 19—20: Die §§ 398, 413 treffen in der Regel auch für die Verpfändung zu. § 398 steht der Geltung einzelner abweichender Bestimmungen, wie z. B. der des § 1154 nicht im Wege, weshalb auch § 413 auf solche besondere Bestimmungen ausdrücklich verweist.

Vgl. auch **RG. 54** 146 ff.

Vgl. ferner oben zu § 398 Note 6 e.

Fünfter Abschnitt.

Schuldübernahme.

§ 414. Begriff, Wesen.

1. Witte, Schuldübernahme, Bürgschaft, Gesamtschuld, PosMschr. **03** 69 ff. führt aus: Wesentlich für die Schuldübernahme ist die Befreiung des alten Schuldners. Der Parteiwille muß klar dahin zum Ausdrucke kommen. So stets, wenn Schuldübernehmer dem Schuldner und dieser dem Gläubiger dasselbe schuldet und Gläubiger und Übernehmer sich dahin einigen, daß zur Abkürzung des Verfahrens Übernehmer direkt an Gläubiger leistet.

Schuldübernahme, Bürgschaft, Gesamtschuld: Der Gläubiger hat bei der Schuldübernahme nur einen, bei Bürgschaft und Gesamtschuld mehrere Schuldner zur Hand, so zwar, daß er sich bei der gewöhnlichen Bürgschaft zunächst nur an den Hauptschuldner und erst, wenn da nichts oder nichts mehr zu holen ist, an den Bürgen, bei der Gesamtschuld aber nach seiner Wahl an jeden Gesamtschuldner auf das Ganze oder einen Teil halten kann. Nur bei der Bürgschaft des § 773 haftet ihm alsbald der Bürge. Der Schuldübernehmer wechselt oft nur den Gläubiger; der Bürge haftet für fremde Schuld und hat, wenn er leistet, in Höhe des vollen Betrags Rückgriff auf den Hauptschuldner. Die Gesamtschuldner haften jeder für eigene Schuld. Leistet einer das Ganze oder mehr als seinen Kopfteil, so hat er nur pro rata Rückgriff auf den Mitgesamtschuldner. Die Gesamtschuld ist wegen ihrer eingreifenden Wirkung für beide Teile im Zweifel nie als gewollt anzunehmen.

Schuldübernahme und Bürgschaft: Es ist davon auszugehen, daß im Zweifel beide Teile die für jeden von ihnen günstigere Bürgschaft und nicht die auch im Verkehr viel seltenere Schuldübernahme wollen. So schon nach ALR. Für das neue Recht vgl. Goldmann-Lilienthal, BGB. (2) 450 Anm. 4. Die Folge ist, daß die bloße mündliche Abrede nicht ausreicht, da das BGB. im § 766 für die Bürgschaftserklärung Schriftform verlangt. Nur wenn die Bürgschaft auf seiten des Schuldners Handelsgeschäft ist, genügt die mündliche Erklärung (§ 350 HGB.).

Die Schuldübernahme des BGB. ist formlos. Es kennt nur die den bisherigen Schuldner befreiende Schuldübernahme; eine kumulative Schuldübernahme ist ihm unbekannt und auch deshalb abzulehnen, weil damit die Schriftform für die Bürgschaftserklärung umgangen werden könnte (vgl. auch **RG. 51** 120 f.). Über diese Frage s. insbes. unten Note 4.

2. Hellmann, KrVSchr. **44** 66 ff. wendet sich gegen Endemann und Matthiaß, die vom Standpunkte der Verfügungs- oder Genehmigungstheorie ausgehen, und tritt für Hellwigs Angebotstheorie ein.

3. **RG.** JW. **03** Beil. 96: BGB. kennt zwar die Novation nicht als ein besonderes Rechtsinstitut, berührt aber verschiedene Anwendungsfälle derselben in den §§ 364 Abs. 2, 414, 779, 782.

4. Kumulative Schuldübernahme insbesondere. Vgl. JDR. **1** Note 4 zu § 414, insbesondere zu b.

An die Entscheidung des **RG. 51** 121, JW. **02** Beil. 221 — s. JDR. **1** a. a. O. (b), jetzt auch in Seuff. A. **58** 261 —, durch die nach Analogie der Bürgschaft Schriftlichkeit auch für die kumulative Schuldübernahme gefordert wird, hat sich eine reiche literarische Polemik angeknüpft, die im folgenden dargestellt ist.

I. Literatur.

a) Übereinstimmende oder doch wenigstens nach dem gleichen Ergebnisse (der Schriftlichkeit) strebende Meinungen.

α. Birkenbihl, R. **03** 286 f.: Die akzessorische Schuldübernahme — sie liegt vor, wenn die Absicht der Vertragsgegner dahin geht, daß der neue Schuldner auch die künftig noch von dem früheren Schuldner erworbenen Einreden soll geltend machen können, — hat Bürgschaftscharakter und bedarf der Schriftform.

Bezüglich der kumulativen Schuldübernahme führt er gegenüber dem RG. zwei Urteile des OLG. Franfurt an, von denen das eine die analoge Anwendung des § 766 für ausgeschlossen hält, obwohl die Formlosigkeit leicht zu einer Umgehung der für die Bürgschaft gegebenen Formvorschrift führen kann, und sich Staub (s. unten) anschließt, und die zweite im Anschlusse daran noch hervorhebt, daß die kumulative Schuldübernahme und die Bürgschaft nicht notwendig denselben wirtschaftlichen Charakter haben; die erste werde viel häufiger einen gesunden wirtschaftlichen Beweggrund haben als die Bürgschaft.

Birkenbihl, der diese Begründung billigt, wirft jedoch die Frage auf, ob nicht ein abstraktes Schuldversprechen nach § 780 vorliege? Denn der Grund für den die Schuld Übernehmenden werde regelmäßig nicht im Verhältnisse des Übernehmers zu dem Gläubiger, sondern zu dem früheren Schuldner liegen, und keinesfalls werde der Grund, aus welchem versprochen wird, Teil des Vertrags dergestalt, daß der Vertrag von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der causa abhängig sei. Daß die Schuldübernahme zur Bedingung habe den Bestand der Schuld, hindere nicht; „abstrakt und unbedingt ist nicht identisch". Auch der Einwand, daß dann auch für den Bürgschaftsvertrag, ganz abgesehen von § 766, für den Kreditauftrag, ja sogar für die privative Schuldübernahme des § 414 nach § 780 als abstrakte Verträge die Schriftlichkeit erforderlich wäre, sei hinfällig, weil diese Verträge dem abstrakten Schuldversprechen des § 780 koordiniert seien. Ein selbständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 sei ein solches Rechtsgeschäft, das nicht schon in einem anderen Teile des BGB. geregelt sei.

β. Mit den gleichen Gründen tritt Hellbach, ebenda 335 im Ergebnisse dem RG. bei. In dem vom RG. behandelten Falle müßte sogar noch weiter gegangen und notarielle oder gerichtliche Beurkundung verlangt werden, da es sich um ein Schenkungsversprechen handele.

γ. Vgl. weiter auch Witte o. Note 1 a. E.

b) Ansichten, welche das Erfordernis der Schriftlichkeit verneinen:

α. Hellbach und Birkenbihl entgegen tritt, R. **03** 356, David für die Formlosigkeit der kumulativen Schuldübernahme ein. Er führt aus:

αα. Die kumulative sowohl wie die privative Schuldübernahme ist ein

sog. abstrakter Vertrag. Deshalb braucht aber das darin übernommene Schuldverhältnis noch nicht ein abstraktes Schuldversprechen zu sein. Die Übernahme einer fremden Schuld findet gewöhnlich nicht in der Weise statt, daß der Gläubiger ein abstraktes Schuldversprechen abgibt, welches an die Bedingung geknüpft wird, daß eine bestimmte fremde Schuld besteht. Vielmehr vollzieht sie sich regelmäßig durch die Erklärung, daß eine bestimmte fremde Schuld übernommen werde, womit der neue Schuldner den Schuldgrund des bestehenden Schuldverhältnisses auch in das seinige dem Gläubiger gegenüber aufnimmt (§ 417 findet Anwendung). § 780 findet deshalb auf die gewöhnlichen Fälle keine Anwendung.

ββ. Auch der Gesichtspunkt des Schenkungsversprechens (§ 518) ist zu verneinen. Selbst wenn dem neuen Schuldner für die Übernahme kein entsprechendes Entgelt versprochen wird, selbst wenn — andererseits — in der Schuldübernahmeerklärung als einer Sicherheitsstellung eine Bereicherung des Gläubigers und somit eine Schenkung erblickt werden müßte, so findet § 518 doch nur Anwendung, wenn durch die Schuldübernahmeerklärung die Schenkung noch nicht vollzogen, sondern die Vollziehung erst für die Zukunft versprochen wird. Doch tritt die Wirkung des abstrakten Schuldübernahmevertrags — nämlich: die Übernahme der Schuld — ohne weiteres ein. Die Übernahme als solche ist erledigt; die in ihr unter Umständen liegende Schenkung deshalb mit der Abgabe der Erklärung vollzogen.

β. Die Notwendigkeit der Schriftform wird ferner verneint von Josef, DJZ. **03** 422 ff. — Er betont:

αα. gegenüber dem RG.: wenn der Gesetzgeber es unterlassen hat, Vorschriften zu geben, durch die die Umgehung der für die Bürgschaft vorgeschriebenen Form unmöglich gemacht wird, so sind andere sich rechtlich nicht als Bürgschaft darstellende Rechtsgeschäfte formfrei, mögen sie auch wirtschaftlich denselben Erfolg haben;

ββ. gegenüber Birkenbihl und Hellbach: der bloße Umstand, daß die von einem Beteiligten übernommene Verpflichtung unter keines der im BGB. geregelten Rechtsverhältnisse fällt, macht sie nicht zu einem „Schuldversprechen“. Wohl aber kommen für den Begriff des „Schuldversprechens“ die Erwägungen der „Protokolle“ II 501 in Betracht, wonach ein solches nur vorliegt, wenn aus der Erklärung gerade der Wille, eine selbständige — vom Verpflichtungsgrunde losgelöste — Verpflichtung zu begründen, erkennbar ist. Nun können aber nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit die Parteien jeden Zweck als Verpflichtungsgrund vereinbaren, z. B. ein der Form des § 518 bedürftiges Schenkungs- oder auch ein Schuldversprechen, beides liegt in dem vom **RG. 51** 120 entschiedenen Falle nicht vor. Dort ist sogar in der Erklärung der Verpflichtungsgrund ausdrücklich angegeben. (Interesse des Beklagten an der Geheimhaltung der Verfehlungen seines Sohnes.) Somit liegt hier ein eigentümlicher im BGB. nicht geregelter formfreier Vertrag vor. Nur muß der Gläubiger darlegen, daß der Beklagte die Verpflichtung zu dem Zwecke übernommen habe, um in eigenem und seines Sohnes Interesse den Gläubiger von Schritten gegen den Sohn abzuhalten, und der Beklagte kann auch Einwendungen aus dem vereinbarten Zwecke entgegensetzen.

γ. Staub, DJZ. **03** 19 tritt ebenfalls dem RG. entgegen. Jede Formvorschrift ist eine Ausnahmevorschrift und der analogen Ausdehnung nicht fähig. Selbst „die größte Ähnlichkeit“ eines Rechtsgeschäfts mit einem anderen rechtfertigt die Ausdehnung nicht. Es ist Sache des Gesetzgebers, Vorschriften zu geben, durch welche die Vereitelung seiner Absichten durch Umgehung unmöglich gemacht wird. Der Richter kann ihm nicht beispringen und über die Formvor-

17*

schriften des Gesetzes hinaus auch noch andere Rechtsgeschäfte an die Form knüpfen, bis der vom Gesetzgeber erstrebte wirtschaftliche Erfolg erzielt ist.

δ. Auch Silbermann, Seuff. Bl. **03** 365 ff., beantwortet die Frage, ob Schriftform erforderlich ist, verneinend. Er führt, die Argumente Staubs heranziehend, aus:

αα. gegenüber dem RG.: hätte der Gesetzgeber jedes Eintreten für eine fremde Schuldverbindlichkeit erschweren wollen, so lagen ihm in dem S. C. Vellejanum und dessen Erweiterungen und in der gemeinrechtlichen „Interzession" ausreichende Muster vor. Allein er wollte überhaupt ursprünglich von einer solchen Erschwerung nichts wissen, wofür die Vorgeschichte spricht, da man allein von allen Arten der Interzessionen die Bürgschaft dem Formzwang unterstellt hat, wofür sich auch ein gesetzgeberischer Grund finden läßt: das Gesetz will dem Bürgen, der sich wegen der Subsidiarität seiner Verbindlichkeit vielleicht in Sicherheit wiegt, durch die Formvorschrift vor Enttäuschungen bewahren. Dagegen tritt der nicht bürgende Interzedent regelmäßig als Selbstschuldner ein; hier bedarf es keiner „Anspornung zu größerer Vorsicht" durch Formzwang. Eine Durchbrechung der Regel der Formfreiheit im BGB. ist nur im Falle eines dringenden Bedürfnisses erlaubt; das liegt hier nicht vor. — Die leichte Möglichkeit der Umgehung des § 766 ist nicht ausschlaggebend, auch die Bestellung des Faustpfandes durch const. poss. ist verboten, dennoch hat das RG. auch für das neue Recht (JW. **02** Beil. Nr. 176) die Rechtsgültigkeit solcher umgehenden Rechtsgeschäfte ausgesprochen;

ββ. gegen Hellbach: die Schuldübernahme ist keineswegs eo ipso ein Schuldversprechen; das RG. wäre sonst sicherlich auf diesen naheliegenden Gedanken gekommen. Vielmehr ist der Rechtsgrund, das Bestehen einer fremden Verbindlichkeit, materieller Vertragsbestandteil. Im einzelnen Falle kann einmal die Absicht der Parteien eine andere sein, in der Regel nicht.

II. Rechtsprechung.

a) OLG. **6** 449 (Rostock) erklärt mit den Gründen des RG. für die kumulative Schuldübernahme die Schriftform für notwendig. Ebenso OLG. Dresden, ebenda 449 (Anmerkung) und OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 338.

b) Entgegengesetzt NaumbAK. **03** 88 (AG. u. LG. Magdeburg): Zur kumulativen Schuldübernahme genügt die mündliche Erklärung.

§ 415. 1. Vgl. JDR. **1** zu § 415.

a) Vgl. zu den Erörterungen v. Blumes und Regelsbergers — JDR. **1** a. a. O. — Oertmann, AbürgR. **15** 455, der sich Regelsberger anschließt und mit ihm dem Übernehmer die Aufnahme einer Vertragsbestimmung des Inhalts anrät, daß der Schuldner zur Mitteilung an den Gläubiger erst nach Erfüllung oder Kreditierung seiner Vertragspflichten dem Übernehmer gegenüber befugt sein soll.

b) Wenn beim Verkauf eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks vereinbart ist, daß der Käufer den Kaufpreis oder einen Teil desselben anstatt an den Verkäufer an dessen Gläubiger zahlen soll, ohne daß dabei der Eintritt des Käufers an Stelle des Verkäufers in dessen persönliches Schuldverhältnis ausbedungen ist, so ist die Bestellung und Eintragung einer Hypothek zugunsten des Verkäufers für jenen Teil des Kaufpreises nicht unzulässig. Diese würde nur durch Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis ausgeschlossen sein, im Zweifel ist aber nur eine Erfüllungs-, nicht eine Schuldübernahme anzunehmen, und zwar gilt dies insbesondere dann, wenn die Fassung des Vertrags sich an die unter dem französischen Rechte übliche Désignation de paiement anlehnt (vgl. §§ 329, 326 Abs. 2; Dernburg, Bürgerl. Recht II 234 f., ferner Zachariae-Crome II 316 f., VI—VIII). Wenn aber auch eine

Schuldübernahme beabsichtigt war, so würde sich noch nicht ergeben, daß der Verkäufer dem Käufer schon vor der Genehmigung derselben durch seinen Gläubiger Entlastung erteilen wollte (s. §§ 415 Abs. 3, 364 Abs. 2). Es ist daher auch in solchen Fällen nicht unzulässig, daß der Verkäufer sich für seine Forderung gegen den Käufer, die ja eine andere ist als die des Gläubigers gegen den Verkäufer, Hypothek bestellen läßt. Den wirtschaftlichen Zwecken der Parteien entspricht es aber jedenfalls mehr, wenn nicht in dieser Weise verfahren, sondern vom Käufer die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen und nur für den Rest, soweit er nicht bar bezahlt wird, eine Hypothek zugunsten des Verkäufers bestellt wird. Einzutragen ist dann nur diese Hypothek und der Eigentumsübergang, da es zur Übernahme der hypothekarischen Schuld keiner Eintragung bedarf. Es kann sich unter Umständen empfehlen, die Parteien durch Zwischenverfügung auf diesen Weg hinzuweisen, wenn sie Eintragungen der ersterwähnten Art beantragen. Schröder, Grundbuchentscheidungen II 12.

2. Die Genehmigung. Vgl. JDR. **1** Note 4.

Die Genehmigung ist rechtsgeschäftliche Willenserklärung, ihre Verweigerung dagegen unmaßgebliche Willensäußerung. Eltzbacher 184 ff.

3. Meyn erörtert SächsA. **13** 605 — gelegentlich seiner Besprechung des Reinhardschen Zwangsversteigerungsgesetzes (1901) — die von diesem vertretene Ansicht, daß im Falle der Abtretung des Rechtes aus dem Meistgebot an einen anderen und der Übernahme der Verpflichtung daraus es in der Macht des Zedenten und Zessionars stehe, vor Erteilung des Zuschlags an den letzteren die erfolgte Abtretung durch Vereinbarung wieder rückgängig zu machen. Er will analog § 415 Abs. 1 Satz 3 anwenden: die Verpflichtungsübernahme soll so lange durch Vertrag mit den Parteien wieder beseitigt werden können, bis sie durch den mit der Genehmigung des Gläubigers (§ 415) in Parallele zu stellenden Zuschlagsbeschluß erfaßt und festgehalten wird.

§ 416. 1. Begriff, Konstruktion und kritische Würdigung.

a) Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 416. S. dazu auch Endemann (Einführung 891 Anm. 28), welcher gleichfalls im § 416 einen Sonderfall zu § 415 erblickt und ausführt: hieraus folge, daß die zwingenden Vorschriften im Abs. 1 Satz 1 und im Abs. 2 nur auf Eintritt und Wirkung der Ausschlußfrist sich bezögen; es stehe nichts im Wege, daß der Gläubiger auch eine vor der Auflassung oder Eintragung des Erwerbers oder eine von dem Erwerber geschehene Mitteilung entgegennehme und durch Genehmigung die Schuldübernahme bestätige; § 416 sage nicht, daß eine positive Zustimmung nur durch Versäumung der Ausschlußfrist erklärt werden dürfe. Ebenso Dernburg a. a. O. III 1, Oberneck a. a. O. 606 ff. Über die entgegengesetzte Ansicht vgl. JDR. **1** Ziff. 3d zu § 416.

b) SächsOLG. **25** 41 (Dresden): § 416 setzt voraus, daß der Veräußerer persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist.

2. Die Mitteilung. Vgl. JDR. **1** zu § 416 Note 3.

OLG. Naumburg, R. **03** 153: Die im Abs. 2 des § 416 für die Anzeige vorgeschriebene Schriftform ist nur erforderlich, wenn sie die im Abs. 1 vorgesehene Wirkung haben soll, daß mit Ablauf der Frist die Genehmigung ohne Erklärung als erteilt gilt. Genehmigt der Gläubiger die ihm vom Veräußerer mitgeteilte Schuldübernahme durch Willenserklärung, so bewendet es bei dem § 415, es genügt dann also mündliche Anzeige.

OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 127: Der Ausdruck „die Mitteilung muß den Hinweis enthalten" läßt keinen Zweifel aufkommen, daß die Verwirklichung des im Gesetz angedrohten Präjudizes der stillschweigenden Genehmigung der Schuldübernahme von der Aufnahme des Hinweises in die schriftliche Mitteilung abhängt.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Erwerber des Grundstücks, also der Übernehmer der Schuld, an den Gläubiger mit dem Antrag auf Abschluß eines Schuldübernahmevertrags herantritt. Geht der Gläubiger darauf ein, so ist damit ein selbständiger Schuldübernahmevertrag nach § 414 abgeschlossen, und der von dem Erwerber des Grundstücks mit dem Veräußerer nach § 416 vereinbarte Vertrag gegenstandslos geworden. Ein solcher Vertrag kann auch durch schlüssige Handlungen zustande kommen.

3. Die Genehmigung. Vgl. JDR. 1 Ziff. 4a zu § 416.

a) Die Verweigerung der Genehmigung durch den Gläubiger ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine unmaßgebliche Willensäußerung. Eltzbacher, 184 ff.

b) Auch Leske 174 und Türcke-Riedenführ-Winter II 154 a 3 heben hervor, daß die Verweigerung der Genehmigung nur dem Veräußerer gegenüber wirksam erklärt werden kann, wogegen die Erteilung der Genehmigung sowohl dem Veräußerer als auch dem Erwerber gegenüber erfolgen kann.

c) OLG. Stuttgart, R. **03** 311: § 416 schließt als Spezialfall von § 415 die anderweiten Bestimmungen des § 415 jedenfalls insoweit aus, als er Mitteilung von seiten des Veräußerers und Mitteilung erst nach Eintragung des die Schuld übernehmenden Erwerbers im Grundbuche verlangt. Sie gilt trotz Vorliegens der sonstigen Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 2 nicht als erteilt, wenn zur Zeit der Mitteilung der Erwerber des Grundstücks, welcher die persönliche Haftung für die Hypothekenschuld übernommen hatte, nicht mehr als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Vgl. JDR. 1 zu § 416 Note 4 c.

§ 419. OLG. Jena, R. **03** 550 Nr. 2771: Unter dem Vertrage des § 419 ist der obligatorische Veräußerungsvertrag des § 311 zu verstehen; dies muß um so mehr angenommen werden, als ein dinglicher, auf Übertragung eines Vermögens als Rechtsgesamtheit gerichteter Vertrag begrifflich gar nicht möglich ist. S. auch OLG. Frankfurt, ebenda 604 Nr. 3067.

Sechster Abschnitt.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Zu §§ 420 ff. 1. Wendt, AzivPr. **92** 70 ff.: Unmittelbarer Anwendung auf die Unterlassungspflichten sind nur ganz wenige der Sätze aus den §§ 420 ff. fähig, weil diese so wesentlich positive Leistungen zur Voraussetzung haben. Die Definition der Gesamtschuld im § 421 ist im wesentlichen für die Unterlassungen belanglos; ebenso das meiste aus den §§ 422—425. Die ganze Leistung besteht immer darin, daß vor allem miteinander und ohne Ausnahme dem Verbote genügt werde, und dazu müssen alle miteinander mitwirken.

2. GG. Berlin, v. Schulz-Schalhorn 210 ff., erörtert die Rechtsverhältnisse der sog. „Kolonnenarbeiter" im Berliner Baugewerbe (die Übernahme gewisser Arbeitsleistungen für einen ganzen Bau durch eine Mehrheit von Arbeitern, die sog. Kolonne). Die §§ 420 ff. finden keine Anwendung. Die mehreren Arbeiter verpflichten sich weder dahin, daß ein jeder von ihnen die gesamte Arbeit ausführen solle (§ 427 bzw. § 431), noch nur dahin, daß der einzelne lediglich einen verhältnismäßigen Teil der Gesamtarbeit zu leisten habe (§ 420). Sie verpflichten sich vielmehr, die versprochene Leistung durch „gemeinschaftliche" Tätigkeit, durch Zusammenwirken zu erfüllen. So sind die mehreren Arbeiter auch nur gemeinschaftlich in der Lage, Erfüllung zu gewähren, so daß die Unmöglichkeit der Mitwirkung eines Teiles der Kolonne die Unmöglichkeit der Erfüllung für alle zur Folge hat und der Verzug einzelner auch den der anderen bedeutet.

3. Lessing, Die Kostenentscheidung bei Streitgenossenschaft, SächsA. **13** 516 ff. hebt 532 hervor: In den Fällen, wo ein Beklagter auf Leistung, ein zweiter auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt wird, liegen immer zwei Obligationen vor. Die §§ 420 ff. sind von jeglicher Anwendung ausgeschlossen.

§ 420. 1. Linsmayer a. a. O. (s. oben zu § 254 Note 12b a. E.) 30: Konnten im Falle des Übertritts von Tieren auf ein und dasselbe Grundstück (im Sinne des Feldschadengesetzes für Bayern) mehrere Personen Schaden erleiden, z. B. der Eigentümer und der Pfändungspfandgläubiger hinsichtlich der getrennten, aber noch nicht abgeernteten Erzeugnisse, so ist nach § 420 jedem der beiden Berechtigten die Hälfte des Ersatzgeldes zuzusprechen. Eine andere Frage ist, in welchem Verhältnisse sich die mehreren Verletzten in das Ersatzgeld zu teilen haben. — Beim Übertritt auf eine Mehrzahl von Grundstücken ist das Ersatzgeld so oft zu zahlen, als Verletzte vorhanden sind.

2. Langheineken 57: Ein Gesamtschuldverhältnis und damit eine Mehrheit von Ansprüchen liegt auch dann vor, wenn nur ein Schuldner unbedingt haftet, die übrigen alle bedingt, vorausgesetzt, daß deren Verpflichtungen keine bloß bedingten, sondern bedingt wirksame sind. S. darüber a. a. O. 51, 52 und oben zu §§ 269 Note 1, 280 Note 1, 398 Note 2b.

§ 421. 1. a) OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 75: Tritt durch einen Zusammenstoß zweier verschiedenen Eigentümern gehörigen Straßenbahnen ein Unfall ein, für den nach dem Haftpflichtgesetz § 1 Ersatz zu leisten ist, so entsteht ein Gesamtschuldverhältnis nach §§ 421 ff. Ein solches entsteht, — abgesehen von vertragsmäßigen Verpflichtungen —, wenn zufolge gesetzlicher Bestimmung eine Mehrzahl von Personen für die Folgen des Eintritts eines Ereignisses aufzukommen hat. Dies ist hier der Fall, wo der Unfall in dem Betriebe zweier Eisenbahn-Unternehmungen eingetreten ist. Leistet die eine Schadensersatz, so ist die andere gemäß § 426 anteilig der Leistenden verpflichtet.

b) Vgl. über einen Fall aus §§ 833 ff., 840 in Verb. mit §§ 421, 426 **RG. 53** 114 ff., insbesondere 118, JW. **03** Beil. 25: Die Bestimmungen in Abs. 2, 3 des § 840 regeln die darin behandelten Fälle nicht erschöpfend, sie statuieren vielmehr für sie nach einer gewissen Richtung Ausnahmen von dem Abs. 1; sie gehören zu den Vorschriften, die das Gesetz im Auge hat, wenn es im § 426 Abs. 1 sagt, Gesamtschuldner seien im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

2. Lessing a. a. O. 536 — s. oben zu § 420 Note 3 — führt ein Urteil des OLG. Dresden an, wo das Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen den als Streitgenossen belangten Eheleuten im Sinne von § 421 verneint wird.

§ 422. **RG. 53** 403 ff., JW. **03** Beil. 56: Dem Bürgen steht nicht das Recht zu, die Hauptverbindlichkeit durch Aufrechnung zu tilgen. Insbesondere findet § 422 auf das Bürgschaftsverhältnis keine Anwendung.

§ 425. 1. Meves, GoltdA. **46** a. a. O.: § 425 findet Anwendung auf das Verhältnis mehrerer gemäß §§ 830, 840 BGB. Verpflichteter hinsichtlich der Frage der Verjährung, insbesondere der im § 852 hervorgehobenen „Kenntnis". Während im Strafrecht — infolge des Plenarbeschlusses **RG. 9** 390 — die Antragsfrist mit dem Tage der Kenntnis von der Tat und der Person auch nur eines der Täter auch gegen die noch unbekannten Mittäter oder Teilnehmer zu laufen beginnt, wirkt nach § 425 Abs. 2 die Tatsache der Verjährung, ihrer Unterbrechung und Hemmung lediglich für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintritt. Keiner der Gesamtschuldner kann sich auf die gegen einen anderen eingetretene Verjährung berufen. Ebensowenig ist er berechtigt, nach

seiner Verurteilung einen Anspruch auf Teilerstattung gegen denjenigen geltend zu machen, der wegen eingetretener Verjährung vom Verletzten nicht belangt werden konnte. Das ergibt sich aus § 426 Abs. 2, wonach auf den Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt hat, dessen Forderung gegen die übrigen Schuldner übergeht. Ist diese Forderung gegen einen derselben verjährt, so kann sie auch nur in dieser Qualität, also als verjährt, auf den Gesamtschuldner kommen.

2. de Claparède, Beiträge 152 ff., über die rechtliche Begründung der subjektiven Wirkung des Verzugs eines Gesamtschuldners.

§ 426. 1. OLG. Jena, R. **03** 504 Nr. 2539: Ein Gesamtschuldner kann hinsichtlich eines auf die Gesamtschuld bezahlten Betrags, auch wenn er seinen Anteil an der Gesamtschuld nicht übersteigt, von den übrigen Gesamtschuldnern Ersatz verlangen, sowohl kraft eigenen Rechtes (Abs. 1), wie als Rechtsnachfolger des Gläubigers (Abs. 2).

2. OLG. Posen, PosMschr. **03** 54, 55. Die Vertragsbestimmung, durch welche sich ein Vertragsteil zur Tragung der Kosten verpflichtet hat, wird bei der Nichtigkeit des Vertrags gleichfalls nichtig. — Die Parteien haften für die entstandenen Vertragskosten als Gesamtschuldner. Untereinander sind sie zu gleichen Anteilen verpflichtet, und es kann nach Abs. 2 § 426 ein Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt, von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen.

3. OLG. Celle, R. **03** 42: Der Anwalt, der für mehrere Auftraggeber einen auswärtigen Termin wahrgenommen hat, kann zwar nach § 3 Geb.O. f. RA. von einem seiner Auftraggeber die Reisekosten ganz verlangen. Dieser aber kann von seinem in die Kosten verurteilten Gegner nicht die gesamten, sondern nur die auf seinen Teil entfallenden Reisekosten ersetzt verlangen.

§ 428. Wolff, Der Mitbesitz, Iherings J. **44** 148 Anm. 12 — s. auch JDR. **1** zu § 866 Note 1, §§ 1205, 1206 usw. —: Mittelbarer Mitbesitz liegt nicht nur dann vor, wenn die Sache nur an die beiden mittelbaren Besitzer gemeinsam herausgegeben werden kann, sondern insbesondere auch dann, wenn der Dritte (unmittelbare) Besitzer nach seinem Belieben an jeden der Mitbesitzer leisten kann. S. auch unten zu § 432 Note 2.

§ 429. Thiele, AzivPr. **89** 107 ff.: Liegen die Voraussetzungen des § 271 Abs. 2 vor, so würde, — wenn mehrere Gläubiger in einem aktiven Korrealverhältnisse gemäß § 428 ein Darlehen zu fordern hätten, — der Schuldner auch durch Anbieten der Leistung demjenigen gegenüber, welcher nicht gekündigt hat, den Gläubiger und damit alle Gläubiger in Verzug setzen, doch ist bei verzinslichen Darlehen regelmäßig als Parteiwille anzunehmen, daß die Kündigungsfrist auch zugunsten des Gläubigers bestimmt ist. — S. auch unten zu § 432 Note 1.

§ 431. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 130 ff. erörtert eingehend den Fall eines bei einem Werkvertrag auf der Unternehmerseite bestehenden Gesamtschuldverhältnisses. Zur Trockenlegung eines Kellers war eine Mehrzahl verschiedenartiger ineinander greifender Arbeiten erforderlich; jede Teilleistung bildete einen für sich völlig wertlosen unselbständigen integrierenden Teil einer auf den Erfolg abzielenden Gesamtleistung. Der etwaige Kontraktswille des einen klägerischen Teiles, seinerseits nur über Asphaltarbeiten zu kontrahieren, „scheitert an der Macht der realen Verhältnisse" und ist deshalb nicht beachtlich. Daß für das Arbeitsprodukt kein Gesamtpreis akkordiert ist, sondern die Gegenleistung an beide Unternehmer gesondert zu erfolgen hatte, steht der Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses nicht entgegen. Es handelt sich um einen Sonderfall im Sinne des § 425, jeder Unternehmer haftet nach § 278 für das Verschulden seines Mitarbeiters.

§ 432. 1. Thiele a. a. O. 108 ff.: Hinsichtlich der Frage der Kündigung, wenn mehrere kündigen, die eine unteilbare Leistung zu fordern haben, wie z. B. bei Mietverhältnissen mit mehreren Vermietern, ist der § 432 so auszulegen: kündigen dürfen mehrere Vermieter nur gemeinschaftlich. Haben sie infolgedessen die Räumung der Wohnung zu fordern, so hat jeder Vermieter das Recht aus § 432. (S. auch 126.)

Haben mehrere gemeinschaftlich gemietet, so können sie auch nur gemeinschaftlich kündigen.

126: Auch genügt nicht die Kündigung an einen von ihnen, der Vermieter muß allen gemeinschaftlich kündigen. — S. auch oben zu § 429.

2. Wolff a. a. O. 158 Anm. 42: Aus Abs. 1 Satz 2, wo die Herausgabe des Besitzes als eine unteilbare Leistung behandelt wird, ist zu folgern, daß auch nach der Ansicht des Gesetzgebers beim Mitbesitze nicht eine einzige, unter die Mitbesitzer in Teile zerlegte Sachherrschaft, sondern eine Mehrheit von Sachherrschaften besteht.

165 Anm. 62: Mitbesitz kann dadurch begründet werden, daß der Herausgabeanspruch des mittelbaren Alleinbesitzers (in einen Gesamtgläubigeranspruch nach § 428 oder) in einen Anspruch auf gemeinschaftliche Leistung umgewandelt wird. Diese Umwandelungsform ist zugleich Verpfändungsmittel gemäß § 1206. — S. auch oben zu § 428.

Siebenter Abschnitt.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Von dogmatischen Arbeiten aus der Lehre vom Kaufe sind diejenige Jacobis über die Abnahmepflicht des Käufers, ferner Schloßmanns Ausführungen über die Eigentumsverschaffung und zu den §§ 437, 439, 440 Langheinekens über die Natur der Wandelung und Dernburgs zu § 478 besonders zu erwähnen. — Über die wichtige Streitfrage, ob und inwieweit durch die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Unmöglichkeit und über die Folgen schuldhafter Vertragsverletzung ausgeschlossen wird s. Ziff. 1 zu §§ 459 ff. — Die Praxis und besonders das Reichsgericht hat in auffallend hohem Maße der § 459 beschäftigt. Die Abgrenzung, in welchen Fällen eine Zusicherung anzunehmen ist, und wann es sich nur um ein bloßes dictum handelt, ist häufig nicht leicht. Besondere Beachtung verdient in dieser Beziehung **RG. 54** 219. Wohl nicht zu Unrecht weist auch Schneider (Ziff. II 1 zu § 459) darauf hin, welche Gefahr für den Verkäufer eine zu weitgehende richterliche Annahme von „Zusicherungen" mit sich bringt.

Literatur: Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag nach allgemeinen Grundsätzen und nach gem. Recht. Trier 1902. — Jacobi, Die Abnahmepflicht des Käufers. Iherings J. **45** 259—288. — Neumann-Cottbus, Zur Frage der Beweislast bei einer Klage auf den angemessenen Kaufpreis, R. **03** 39. — Martinius, Beweislast beim Kaufe, wenn die Höhe des Preises durch die Vertragsschließenden nicht festgesetzt ist. DIZ. **03** 146/147. — Schloßmann, Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges, Iherings J. **45** 97 ff.

§ 433. Abs. 1 Satz 1.

1. Eigentumsverschaffung:

a) Schloßmann führt aus, daß das BGB. bei der Bestimmung, der Verkäufer sei verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen, nicht daran dachte, für den Käufer einen klagbaren Anspruch zu begründen.

Das ergebe sich aus einer Betrachtung der Natur der Zwangsmittel, die das Prozeßrecht zur Vollstreckung von auf Leistung von Handlungen gerichteten Urteilen im allgemeinen, und für den Fall der Verurteilung eines Schuldners zur Übertragung von Eigentum usw. insbesondere zur Verfügung stellt, und der Rechte, die es dem Käufer einer Sache oder eines Rechtes für den Fall verleiht, daß der Verkäufer seiner Verpflichtung nicht genügt (106). Da sich die Verpflichtung des Schuldners zum Handeln in den auf Herbeiführung des Rechtserfolges erforderlichen Handlungen notwendig erschöpfen muß und trotzdem darüber hinaus von einer Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums usw. gesprochen wird, so kann das nicht anders als so gemeint sein, daß der Schuldner für den Eintritt des Rechtserfolges einzustehen hat, daß ihm eine Garantiepflicht hierfür obliegt, daß er also, wenn der erwünschte Erfolg seines Handelns — gleichviel ob durch oder ohne seine Schuld — nicht eintritt, dafür in Anspruch genommen werden kann (110). Da § 439 Abs. 1 wegen Gleichheit des Grundes auch dann gelten muß, wenn der Verkäufer das veräußerte Recht überhaupt nicht hatte und es also dem Käufer nicht übertragen konnte, so beweist diese Bestimmung, daß die Verpflichtung des Verkäufers nicht positiv auf Verschaffung des Rechtes geht; denn wenn durch § 439 Abs. 1 für den Fall der Kenntnis des Käufers von dem Mangel im Rechte die Vertretungspflicht des Verkäufers, nicht die Verschaffungspflicht ausgeschlossen wird, so folgt argumentum e contrario, daß er dem nicht wissenden Käufer gegenüber den Mangel nur zu vertreten, nicht zu beseitigen verbunden ist (112). Auch für das fehlende und nicht verschaffte Eigentum ist daher nur Gewähr zu leisten (113/114).

b) Siber, Rechtszwang 164ff.: Die Verpflichtung zur Rechtsverschaffung ist klag- und vollstreckbar, nicht bloße Ersatzpflicht wegen mangelnder Rechtsverschaffung. Wer eine fremde Sache als eigene verkauft, ist wegen Unvermögens (vgl. § 306) ersatzpflichtig, wenn die Sache sich als fremde herausstellt, wer sie als fremde verkauft, erst dann, wenn er sie sich vom Dritten nicht verschaffen kann.

c) Titze, Unmöglichkeit 44 ff.: Die Pflicht des Verkäufers zur Besitz- und zur Eigentumsverschaffung ist unteilbar. Bloße Besitzverschaffung oder bloße Eigentumsverschaffung bedeutet also totale Nichterfüllung.

2. § 433 findet keine Anwendung auf den Verkauf einer Forderung samt dem dafür bestehenden Pfändungspfandrechte. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 100.

3. Beweislast (s. IDR. **1** Ziff. 4 zu § 433):

a) Neumann-Cottbus, R. **03** 39: Der Kläger, der behauptet, daß der Beklagte gekauft hat, ohne daß eine Vereinbarung über den Preis erfolgt sei, hat, wenn Beklagter dies bestreitet, zu beweisen, daß eine solche Vereinbarung nicht getroffen ist. Diese von Stölzel vertretene Verteilung der Beweislast ergibt sich auch aus den materiellrechtlichen Vorschriften des BGB.: der Verkäufer, der mit der Behauptung, daß ein Preis nicht vereinbart sei, den angemessenen Preis verlangt, macht von dem Rechte der §§ 316, 315 Gebrauch, d. h. er bestimmt einseitig den Umfang der Gegenleistung und zwar auf der Grundlage billigen Ermessens nach dem Maßstabe der Üblichkeit und Angemessenheit. Der Verkäufer aber, der das Recht des § 316 für sich in Anspruch nimmt, muß die Voraussetzung von der § 316 dieses Recht abhängig macht, im Bestreitungsfalle beweisen.

b) Ebenso auch Martinius, DJZ. **03** 147: Aus dem Schweigen über die Höhe des Preises ist im Zweifel die Willensübereinstimmung der Parteien

nach der Richtung, daß Verkäufer die Höhe des Preises nach billigem, der Korrektur unterworfenem Ermessen einseitig bestimmen soll, zu folgern.

Wer Stillschweigen anders als dahin, daß das billige Ermessen des Verkäufers bei Bestimmung des Preises Platz greifen solle, ausgelegt wissen will, muß die bezüglichen, außerhalb des Vertrags liegenden besonderen Tatsachen behaupten, und im Streitfalle beweisen. Für das Vorliegen solcher Tatsachen streitet keine gesetzliche Vermutung. Ebenso **RG.** JW. **03** 100. (Vgl. auch oben zu § 316.)

c) OLG. Rostock, MecklZ. **03** 197: Der Verkäufer hat die vertragsmäßige Beschaffenheit der Ware zu beweisen, wenn der Käufer sie zur Verfügung gestellt oder ohne juristische Annahme gerügt hat. Dem Käufer fällt die Beweislast nur dann zu, wenn er die übersandte Ware als die — wenn auch fehlerhafte — Kaufware übernommen hat.

Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozesse (2) 166 und Rosenberg, A.zivPr. **94** 127 legen dem Käufer die Beweislast für den gesamten die Verpflichtung des Verkäufers betreffenden Vertragsinhalt, also auch für die Eigenschaften der Ware auf.

4. Abs. 2. Abnahmepflicht (vgl. besonders o. Ziff. 3 zu § 326 u. JDR. **1** Ziff. 5 zu § 433 u. unten zu § 640).

a) Jacobi, Iherings J. **45** 260—288: Der Käufer ist nicht verpflichtet, die Sache an sich zu nehmen oder sie zu billigen, wohl aber verpflichtet, Handlungen irgendwelcher Art vorzunehmen, die geeignet sind, den Verkäufer vom Besitze der Sache zu befreien. Die Pflicht fällt fort, wenn weder der Käufer die Sache für den Verkäufer bereit zu halten hat, noch sich der Verkäufer in Annahmeverzug befindet. Die Abnahmepflicht steht mit der Lieferungspflicht des Verkäufers nicht im synallagmatischen Verhältnisse, so daß bei Schuldnerverzug des Käufers in der Abnahme § 326 nicht Anwendung findet.

§ 326 findet auf die Abnahmepflicht des Käufers keine Anwendung, da sie mit der Lieferungspflicht des Verkäufers in keinem synallagmatischen Verhältnisse steht. A. a. O. 260—288.

b) Leske, BGB. 190: Aus der Abnahmepflicht folgt, daß der Käufer bei einem Spezifikationskauf auch zur Vornahme der Spezifikation verpflichtet ist, weil diese die notwendige Mitwirkung des Käufers zur Ermöglichung der Leistung und Abnahme der Ware bildet.

c) Abnahme hier, wie im § 640 Abs. 1, nicht nur zur Vermeidung des Gläubigerverzugs (§ 293) geboten, sondern Gegenstand einer klag- und vollstreckbaren Verpflichtung, wie im § 696. Abnahme als Gegenstand der Verpflichtung ist nur Übernahme in den Gewahrsam des Käufers oder Bestellers. Siber, Rechtszwang (42 ff.)

d) Gegen das Urteil des **RG. 53** 161 ff. (auch JW. **03** Beil. 23; s. JDR. **1** Ziff. 5b) wendet sich Düringer-Hachenburg, HGB. III 108 ff.: Die Verpflichtung zur Abnahme ist eine dem Kaufvertrage wesentliche, sie ist, wie sich aus ihrer Hervorhebung im § 433 ergibt, die der Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe äquivalente Hauptverpflichtung des Käufers. Da mithin die Abnahmepflicht als eine Hauptverbindlichkeit des Käufers anzusehen ist, zieht der Verzug in der Abnahme die speziellen Folgen des Verzugs bei gegenseitigen Verträgen nach sich. Es entspricht auch der Billigkeit und dem Bedürfnisse des Verkehrs, den Verkäufer in dem Falle der Nichtabnahme seitens des Käufers nicht auf den Schadensersatzanspruch zu beschränken (109).

e) **RG.** Holdheims MSchr. **12** 179, R. **03** 290 Nr. 1541: Der Verzug in der Abnahme der Ware seitens des Käufers begründet für den Verkäufer für gewöhnlich die Rechte aus § 326 nicht, weil bei einem Kaufvertrage über

bewegliche Sachen die Abnahme in der Regel weder dessen Hauptleistung noch eine der Hauptleistungen desselben ist. Übereinstimmend mit **RG. 53** 161 ff., JDR. **1** Ziff. 5b (vgl. o. Ziff. 3 zu § 326).

OLG. Frankfurt, R. **03** 263 Nr. 1396: Die Abnahme der gekauften Ware stellt sich als eine „Verpflichtung des Käufers" dar, mit der er in Verzug geraten kann. Daher kann der Käufer sich gleichzeitig im Schuldnerverzug und im Gläubigerverzuge, d. h. in Annahmeverzug befinden. In solchem Falle kann der Verkäufer sowohl die Rechte aus dem Annahmeverzuge wie aus dem Abnahmeverzuge geltend machen.

5. Henle, Kauf- u. Werkvertrag, untersucht die rechtliche Natur der auf Veräußerung und Erarbeitung zugleich gerichteten Kontraktobligation, indem er von einer Interpretation der römischen Quellenstellen ausgehend, die im gemeinen Recht herrschende Ansicht zur Darstellung bringt. Er gelangt a. a. O. 94 ff. zu folgendem Ergebnisse:

a) Die juristische Behandlung der Grenzfälle richtet sich nach der Hauptverpflichtung.

b) Ist keine der Pflichten Nebenverpflichtung, so entscheidet das Veräußerungsmoment und der Vertrag ist Kauf.

Emtio venditio und locatio conductio grenzen demnach aneinander (95).

6. Einzelne Fälle aus der Praxis:

a) OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 329: Hat jemand neben der Lieferung größerer, den Transport im ganzen nicht vertragender Gegenstände (z. B. Maschinen) zugleich auch die Zusammensetzung und Aufstellung übernommen, so besteht die Hauptleistung in der Lieferung des Gegenstandes und ist daher der Vertrag insoweit als Kaufvertrag anzusehen (330).

So auch Henle, Kauf- und Werkvertrag 95: Da in solchen Fällen die Arbeitspflicht im Vordergrunde steht, wird der Vertrag meist unter den Kauf zu subsumieren sein. Vgl. auch u. zu § 633 Note „Einzelne Fälle", — „gemischte" Vertragsbeziehungen.

b) OLG. **7** 282 (Braunschweig): Die Auflassung eines verkauften Grundstücks ist eine Leistung des Verkäufers, zu deren Annahme der Käufer berechtigt, aber nicht ohne weiteres auch verpflichtet ist. Aus dem Vertrag aber und dem besonderen Interesse, welches der Verkäufer daran hat, sich des Besitzes eines Grundstücks zu entledigen, kann sich die Verpflichtung des Käufers ergeben, die Auflassung entgegenzunehmen (283).

c) **RG.** JW. **03** Beil. 22: Der Verkauf einer individuell bestimmten Sache, welche zur Zeit des Geschäftsschlusses dem Verkäufer nicht gehört, ist nicht nichtig, sofern nur der Verkäufer objektiv die Möglichkeit hat, sich das Eigentum an der Sache bis zur Zeit der Übergabe an den Käufer zu verschaffen. Ob der Verkäufer nach Treu und Glauben verpflichtet ist, beim Geschäftsschlusse von seinem Nichteigentume dem Käufer Kenntnis zu geben, richtet sich nach den Umständen des Falles.

d) OLG. Breslau, R. **03** 550 Nr. 2773: Beim Verkaufe von Kohlen mit dem Hinzufügen „ohne bahnamtliche Verwiegung" bildet der Inhalt des sachgemäß beladenen Wagens den Kaufgegenstand, der nach Maßgabe des Ladegewichts bezahlt werden muß, wenn der Preis für den Zentner vereinbart war.

§ 434. Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften 59: So wie in der Konkurrenz der Bestimmungen des § 119 Abs. 2 mit den auf Sachmängel bezüglichen den letzteren, so wird bei dem Zusammentreffen des Tatbestandes des § 119 Abs. 2 und der auf die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte einer verkauften Sache bezüglichen Vorschriften (§§ 434 ff.), die hier als — negative — Voraussetzung einen Irrtum über den Mangel, d. h. hier über gewisse

im Verkehr als wesentlich angesehene rechtliche Eigenschaften verlangen (§ 439 Abs. 1), wiederum diesen der Vorzug zu geben, und auch hier dem § 119 Abs. 2 eine Scholle seines den Worten nach von ihm prätendierten Gebiets abgerungen sein.

RG. R. **03** 575 Nr. 2914: Ein mit einem Zubußerückstande belasteter Kux ist zwar lieferbar, doch ist er mit einem Mangel im Rechte behaftet, welcher dem Käufer einen Gewährleistungsanspruch gibt.

§ 436. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 833 ff., Frankf. Rdsch. **37** 116 ff., ZBl. FrG. **4** 92: Die gemäß § 11 des Fluchtliniengesetzes v. 2. Juli 1875 mit der Offenlegung des förmlich festgestellten Bebauungsplans eintretende Beschränkung des Grundeigentums, daß Neubauten, Um- und Ausbauten über die Fluchtlinie versagt werden können, ist als eine öffentliche Last anzusehen, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet ist. Als eine solche Last ist auch anzusehen die auf Grund der Bauordnung für Frankfurt a. M. eingetretene Beschränkung des Grundeigentums, wonach ein Erkerbau an einem Hause, der über die Fluchtlinie hinausragt, nur widerruflich gestattet ist (836). Auch wenn ein derartiges Rechtsverhältnis durch einen besonderen Rechtsakt mit der Baupolizeibehörde festgestellt worden wäre, so würde hierdurch seine rechtliche Natur als die Auferlegung bzw. die Übernahme einer öffentlichen Last enthaltend nicht berührt (837).

OLG. Frankfurt, R. **03** 604 Nr. 3068: Die Befreiung des Verkäufers von der Haftung für das Vorhandensein öffentlicher Lasten wirkt nicht über den Rahmen des § 436 hinaus.

§ 437. 1. Schloßmann, Iherings J. **45** 113: Nach § 437 haftet der Verkäufer einer Forderung dafür, daß i h m s e l b s t das verkaufte Recht zustehe. Die Ausdrucksweise des § 437 ist allerdings zu eng: der Verkäufer haftet offenbar nicht, wenn trotz des Nichtbestehens des verkauften Rechtes ein Recht von dem Inhalte des verkauften durch den Übertragungsakt verschafft worden ist (z. B. wenn eine für den Verkäufer eingetragene Hypothek, gegen die dem Eigentümer des Grundstücks eine peremtorische Einrede zusteht, übertragen ist und der Käufer in gutem Glauben war).

Für diese Kaufgegenstände ist eine ausdrückliche, eine Verschaffungspflicht aussprechende Bestimmung im Gesetzbuche nicht enthalten. Es ist aber gewiß kein Grund zu der Annahme, daß es die Verpflichtung des Verkäufers für sie hätte anders bestimmen wollen, als für Sachen, und man hätte bei konsequenter Festhaltung der im § 433 gebrauchten Ausdrucksweise die Verpflichtung des Verkäufers eines Forderungsrechts oder eines anderen Rechtes ebensogut als Verpflichtung, das Recht dem Käufer zu v e r s c h a f f e n, bezeichnen können Der im § 437 gewählte Ausdruck („haftet") deutet aber nur auf Gewährleistungspflicht, und es kann also nicht etwa vom Verkäufer verlangt werden, daß er, falls das Recht ihm selbst nicht zusteht, es sich verschaffe, um es alsdann dem Käufer übertragen zu können, oder daß er sonstwie dafür sorge, daß es für den Käufer entstehe (114). Vgl. oben Ziff. 1a zu § 433.

2. Titze, Unmöglichkeit 268 ff.: Aus § 437 folgt, daß der auf die Übertragung eines nicht existierenden Rechtes gerichtete Kaufvertrag, auch wenn es sich um anfängliche objektive Unmöglichkeit der Leistung handelt, g ü l t i g ist; der § 437 enthält also eine Ausnahme vom Grundsatze des § 306. (Vgl. dagegen Kleineidam, Unmöglichkeit 159 ff., JDR. **1** zu § 437.) — Der „rechtliche Bestand" der Forderung ist im Sinne des § 437 nicht schon dadurch gewahrt, daß die fragliche Forderung überhaupt „existiert", sondern erst dann, wenn sie so existiert, daß sie den Angaben entspricht, die der Verkäufer dem Käufer gegenüber von ihr gemacht hat. Insbesondere also dürfen ihr keine dem Käufer unbekannte Einreden, weder peremptorische, noch dilatorische entgegenstehen; sie darf nicht zu einer späteren Zeit, als im Kaufvertrage vermerkt ist, fällig werden; sie darf

nicht statt einer alternativen eine einfache Obligation sein; sie darf ferner nicht aus zessionsrechtlichen Gründen unübertragbar sein.

3. OLG. Dresden, R. **03** 263 Nr. 1397: Die vom Käufer eines Grundstücks in betreff einer auf den Kaufpreis in Zahlung gegebenen Hypothek erteilte Zusicherung, die Hypothek sei gut, enthält im Zweifel nicht bloß eine unverbindliche Anpreisung, sondern ein Garantieversprechen.

§ 438. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 639 ff., SächsA. **13** 337 — s. auch o. zu § 365 —: Die analoge Anwendung der Auslegungsregel des § 438 auf den Fall, wenn ein Schuldner die ihm an einen Dritten zustehende Forderung seinem Gläubiger an Erfüllungsstatt abtritt und dabei die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Drittschuldners übernimmt, ist nicht ausgeschlossen, wenn auch § 365 seine Anwendung nicht positiv vorschreibt. Wenn bei Abtretung einer durch Hypothek gesicherten Forderung der Zedent Gewähr für deren Güte übernimmt, so sprechen jedenfalls beachtliche Gründe für die Annahme, es solle damit im Zweifel die Gewähr auch nur dafür übernommen werden, daß das Pfandgrundstück zur Zeit der Abtretung einen Wert besitze, welcher die Befriedigung der Forderung aus dem Pfande als gesichert erscheinen lasse (643).

2. BayrObLG. 3 695 ff.: Der Gewährschaftsanspruch, der dem Erwerber einer Forderung gegenüber dem Veräußerer zusteht, geht im Falle einer weiteren Abtretung nicht von selbst auf den neuen Gläubiger über (699).

§ 439. 1. Der § 439 ist einschränkend dahin auszulegen, daß der Verkäufer dafür einstehen muß: einmal, daß der Kaufvertrag sich nicht infolge von Anfang an vorhandener Mängel im Rechte als unerfüllbar erweist; und sodann, daß er, der Verkäufer, dem Käufer nicht die gekaufte Sache tradiert bzw. aufläßt, ohne ihm zugleich das begehrte Recht an ihr zu verschaffen. Titze, Unmöglichkeit 266.

2. Zu Abs. 1 s. Schloßmann, Iherings J. **45** 131, o. Ziff. 1a zu § 433.

3. Abs. 2. Schloßmann a. a. O.: Diese Bestimmung ist folgendermaßen auszulegen: Der Verkäufer ist verpflichtet, die Hypothek usw. zu beseitigen, wenn sie ihm selbst zusteht, oder wenn der Hypothekengläubiger zur Einwilligung in die Löschung gezwungen werden kann. Anderenfalls haftet der Verkäufer für die Belastung des Grundstücks. In diesem letzteren Falle liegt dem Verkäufer also wiederum nur eine Gewährleistungpflicht ob (132). Dasselbe gilt auch für den Anspruch auf Bewirkung der Löschung im Grundbuch eingetragener, aber nicht bestehender Rechte nach § 435. Ist das Recht also für den Verkäufer selbst eingetragen, so sind Antrag und Verurteilung unmittelbar auf Bewirkung der Löschung auf Kosten des Verkäufers zu richten; sind sie für einen Dritten eingetragen, je nach der konkreten Sachlage bald auf jene, bald sofort auf das Interesse. Gegen eine Verfügung des Verkäufers über das für ihn eingetragene Recht kann sich der Käufer durch Vormerkung schützen (134).

4. Rechtsprechung: OLG. Braunschweig, R. **03** 350 Nr. 2774: Unter Rechtsmangel ist nicht nur eine Eigentumsbeschränkung durch dingliche Rechte Dritter, sondern auch der Mangel des Eigentums selbst zu verstehen.

RG. R. **03** 16 Nr. 5: Maßgebend für die Kenntnis von Rechts- und Sachmängeln im Sinne der §§ 439, 460 ist die Zeit des gerichtlichen oder notariellen Abschlusses des Immobiliarvertrags, nicht die Zeit der vorausgegangenen mündlichen Vereinbarung.

§ 440. 1. Abs. 1. Schloßmann, Iherings J. **45** 115 ff.: Wenn dem Käufer das Eigentum durch die Übergabe nicht erworben ist oder wenn die abgetretene Forderung nicht besteht, kann vom Verkäufer nicht gesagt werden, er habe eine Leistungspflicht nicht erfüllt. Vielmehr ist durch jene Umstände, auf

deren Herbeiführung ein Anspruch nicht geltend gemacht werden kann, nur eine Gewährleistungspflicht ausgelöst. Die §§ 320 ff. enthalten aber Bestimmungen, die nicht bloß auf Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruchs, sondern mittelbar auch auf Bewirkung einer Leistung hinzielen. Es kann daher § 326 unmittelbare Anwendung nicht finden, weil, wenn der Verkäufer zwar die Sache übergeben, Eigentum aber nicht übergegangen ist, man nicht sagen kann, der Verkäufer sei mit seiner Leistung ganz oder teilweise in Verzug (116). Eine analoge Anwendung des § 326 wird aber platzgreifen können, da dieselben Motive, welche für die in dem § 326 vom Gesetzgeber betätigte Rücksicht auf den im Verzuge befindlichen Schuldner bestimmend waren, dafür sprechen, auch dem nur zur Gewährleistung verpflichteten Schuldner die Chance einer ihm günstigen Veränderung der Verhältnisse zu wahren und auch hier dem Gläubiger den Anspruch auf Schadensersatz oder das Rücktrittsrecht nur zu geben, wenn nicht innerhalb der dem Schuldner von ihm bestimmten angemessenen Frist der zunächst nicht eingetretene Rechtserfolg nachträglich eingetreten ist (117 f.).

2. Die Herausgabe ist nicht Willenserklärung, sondern private Handlung ohne Äußerungsgehalt. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 216.

3. **RG.** JW. **03** Beil. 68: Dem Käufer steht wegen eines Mangels im Rechte ein einseitiges, von der Zustimmung des Verkäufers nicht abhängiges Rücktrittsrecht zu. Daher nicht Klage auf Einwilligung in den Rücktritt oder Anerkennung des Rücktrittsrechts, falls nicht die Voraussetzungen der Feststellungsklage gegeben sind.

§ 444. **RG.** Frankf. Rdsch. **37** 121: Der § 444 regelt lediglich die Auskunftspflicht, die dem Verkäufer nach Abschluß des Kaufvertrags und auf Grund des letzteren dem Käufer gegenüber obliegt, bezieht sich aber nicht auf eine Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer vor oder bei Abschluß des Kaufvertrags von etwaigen Mängeln in seinem Rechte Kenntnis zu geben. Ebenso **RG. 52** 168, SeuffA. **58** 311.

§ 445. **RG. 55** 128 ff., JW. **03** Beil. 97: Die in den §§ 433—444 getroffenen Bestimmungen passen nicht auf Fälle, wo es sich um die Bestellung einer Hypothek für ein Darlehen handelt. Allerdings ist der Verpfänder verpflichtet, dem Darleiher das Hypothekenrecht zu verschaffen und insoweit Rechte Dritter, welche dem entgegenstehen, zu beseitigen (131). Aber darüber hinaus gehen seine Verpflichtungen nicht; namentlich hat er nicht ohne weiteres das mit der Hypothek belastete Grundstück von Rechten, die der Hypothek im Range vorgehen, zu befreien. Denn nicht das Grundstück hat der Verpfänder dem Darleiher zu verschaffen, sondern das Hypothekenrecht daran, dieses ist aber mit den Rechten Dritter, die an dem Grundstücke bestehen, nicht beschwert. Von einer entsprechenden Anwendung des § 439 auf die Bestellung einer Darlehenshypothek kann daher nicht die Rede sein (132).

§ 446. 1. Übergabe im Sinne des § 446 (vgl. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 446). Düringer-Hachenburg, HGB. III 54: Unter Übergabe ist hier, wie im § 433 die Besitzverschaffung gemeint. Im Falle des § 931 geht daher die Gefahr nicht schon mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs auf den Käufer über. Denn mit der Abtretung nach § 931 hat der Verkäufer nur seiner Verpflichtung zum Abschlusse des dinglichen Vertrags genügt. Er hat das Eigentum, aber noch nicht den Besitz verschafft. Er hat noch nicht „übergeben". Erst wenn der Dritte die Sache an den Käufer herausgibt, ist dieselbe übergeben. — Beim constitutum possessorium (§ 930) wird dem Käufer der Besitz verschafft; er übt ihn durch den Verkäufer aus. Hier liegt eine Übergabe i. S. des § 446 vor.

Im wesentlichen übereinstimmend Goldmann-Lilienthal § 131 Anm. 2 (479): Man darf zur Erklärung des Begriffs der Übergabe im Sinne des § 446

nicht auf die §§ 929 ff. zurückgehen. Man muß die Besitzübergabe und die Eigentumsübergabe gänzlich voneinander scheiden. Im § 446 ist Besitzübergabe gemeint. Vgl. hierzu auch Müller, BadRpr. **03** 333.

2. Titze, Unmöglichkeit 262: Bei doppelten Verkauf eines Grundstücks müssen beide Käufer die Gefahr tragen, also eventuell beide den Kaufpreis zahlen. Ebenso Martinius, AbürgR. **17** 69 ff.; a. M. Kisch, Unmöglichkeit. Weiteres s. IDR. **1** Ziff. 1 zu § 446.

3. Übergang der Gefahr bei bedingtem Kaufe.

a) Titze, Unmöglichkeit 258 meint, daß man bei einem suspensiv bedingten Kauf auch für den Fall, daß die Bedingung eintritt, nachdem die übergebene Sache untergegangen ist, den Auslegungsrechtssatz aufstellen müsse, daß der Käufer mit der Abnahme der Ware im Zweifel nicht auch die Gefahr des Unterganges hat auf sich nehmen wollen. Es würde Sache des das Gegenteil behauptenden Verkäufers sein, nachzuweisen, daß dem Willen der Parteien die abweichende Regelung der Gefahrtragung entspricht. Hingegen dürfte hier die Gefahr der Verschlechterung der Sache allerdings von deren Übergabe an beim Käufer zu belassen sein.

b) Während Planck § 446 2c und Dernburg § 174 IV 4 bei der aufschiebenden Bedingung die Gefahr immer erst mit dem Eintritte der Bedingung auf den Käufer übergehen lassen wollen (vgl. auch Kisch, IDR. **1** Ziff. 4 zu § 446), läßt Düringer-Hachenburg III 60 gleichmäßig bei der aufschiebenden wie bei der auflösenden Bedingung die Übergabe der Sache entscheiden, weil durch die Übergabe — wenn auch nur bedingt — eine der Hauptverbindlichkeiten des Verkäufers erfüllt werde und mit der Übergabe der Käufer auch die Möglichkeit der Überwachung erhalte. Tritt die Bedingung ein, so muß der Käufer den Kaufpreis zahlen, ist dagegen die Sache nach der Übergabe beim Käufer untergegangen und die Bedingung ausgefallen, so hat der Käufer, weil nunmehr ein Umsatz von Waren gegen Geld gar nicht stattgefunden hat, den etwa noch ausstehenden Kaufpreis nicht zu zahlen. Ebenso Müller, BadRpr. **03** 333.

4. Über den Gefahrübergang bei einem Gaslieferungsvertrage handelt Witthoff, DIZ. **03** 149 ff.: Mit dem Moment, in welchem das von der Gasanstalt an den Konsumenten abgegebene Gas aus der Gasuhr heraustritt und in die Leitung des Konsumenten strömt, ist der Besitzwechsel vollzogen und damit die Übergabe gemäß § 446 als erfolgt anzusehen. Das Gasmessen bildet mithin die Grenze zwischen den beiderseitigen Interessensphären. Die durch den Messer in das Rohr gelangte Gasmenge muß daher stets bezahlt werden, sofern nicht ein Verschulden der Gasanstalt untergelaufen ist (450).

5. LG. Mainz, HessRspr. **3** 77 ff.: Bei einem Weinverkaufe geht mit der Versiegelung des Weines die Gefahr auf den Käufer über. In der Siegelung des Weines liegt die Einigung darüber, daß von dem Augenblicke der Siegelung an der Käufer die tatsächliche Gewalt über die Sache haben soll, und zugleich wird dem Erwerber die Möglichkeit gegeben, die ihm gewährte Gewalt auszuüben. In der Siegelung ist mithin die Übergabe zu erblicken (78).

6. § 446 gibt auch dann den Ausschlag, wenn ein Übereignungsanspruch betagt und vorgemerkt ist. Reichel, Iherings J. **46** 141.

§ 447. 1. Titze, Unmöglichkeit 260 ff.: Auch für die im § 447 vorgesehene Konkretisierung der Gattungsschuld bleibt notwendiges Erfordernis, daß der Schuldner „das zur Leistung seinerseits Erforderliche" bereits getan, insbesondere auch die geschuldete Sache gehörig ausgeschieden hat. Es geht somit die Gefahr keinesfalls in dem in § 447 vorgesehenen Zeitpunkt auf den Käufer

über, wenn der Verkäufer in noch unausgeschiedenem Zustande an die mit der Versendung betraute Person oder Anstalt abliefert.

2. Kisch, KrVSchr. **44** 555 meint, daß trotz des Wortlauts des Abs. 1 Zweck und Sinn der Bestimmung darauf hinweisen, sie auch beim Transporte durch Mittelspersonen innerhalb einer und derselben Ortschaft eintreten zu lassen. Ebenso OLG. **2** 218 (Hamburg), s. JDR. **1** zu § 447. Für diese Auffassung tritt auch ein Zitelmann, Lücken im Rechte 14. A. M. Titze, Unmöglichkeit der Leistung 260.

§ 449. Diese Bestimmung ist für Vormerkungsgläubiger unanwendbar. Reichel, Iherings J. **46** 142.

§ 450. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 75 ff. nimmt gegen die herrschende Ansicht (Planck, Dernburg, Endemann, Mayring bei Staudinger, Crome), die dahin geht, daß der Ersatzanspruch des Verkäufers nicht davon abhängt, daß die Verwendung objektiv notwendig war, sondern davon, daß der Verkäufer sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte, an, daß die Verwendungen auch wirklich objektiv notwendig gewesen sein müssen. Die objektive Notwendigkeit bildet die erste Voraussetzung für den Ersatzanspruch; kumulativ werde die nach § 670 maßgebende subjektive Auffassung erfordert. An mehreren Stellen, wo das Gesetz das subjektive Moment genügen lassen wolle, bringe es dies zum Ausdrucke (näheres 76); außerdem liege kein innerer Grund für eine offenbare Interpretation gegen den Wortlaut vor, weil auch in der hier vertretenen Auffassung die Tendenz des Gesetzgebers, den Verkäufer bezüglich der notwendigen Verwendungen besser als bezüglich der nützlichen zu stellen, zum Ausdrucke gelange: da bezüglich der nützlichen die Erfordernisse einer gültigen negotiorum gestio bewiesen werden müßten (näheres 77).

§ 451. Diese Bestimmung greift nicht Platz, wenn eine Forderung samt dem dafür erworbenen Pfändungspfandrechte verkauft ist. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen, vgl. oben Ziff. 2 zu § 433.

§ 452. KG., DJZ. **03** 250: Es ist Sache des Beklagten, einen von der gesetzlichen Regelung seines Schuldverhältnisses abweichenden Tatbestand, aus welchem er eine Befreiung von der Zinspflicht herleiten will, z. B. Stundung, darzulegen und zu beweisen.

§ 455. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte.

a) Kahn, R. **03** 546/547 vertritt gegen Dernburg II 2 17 Anm. 11 den Standpunkt, daß bei dem Verkaufe mit Eigentumsvorbehalt der Käufer die Gefahr bereits von dem Zeitpunkt an zu tragen hat, in welchem er den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz der Kaufsache erlangt hat. — Ebenso auch LG. Dresden, JW. **02** 496 (s. JDR. **1** Ziff. 3). — Er erachtet es für unbestritten, daß auf den Kauf mit Eigentumsvorbehalt gemäß § 455 die allgemeine Bestimmung des § 446 über Gefahrübergang Anwendung zu finden habe und unter „Übergabe" sei nach dem Sprachgebrauche des BGB. im Gegensatze zur „Eigentumsverschaffung" die Verschaffung mittelbaren oder unmittelbaren Besitzes zu verstehen. A. M. Crome II 416 Note 2 a.

Auch Kisch, KrVSchr. **44** 554 läßt den Käufer die Gefahr tragen, weil lediglich seine Säumigkeit in der Begleichung der Kaufsumme die Ursache sei, daß der verschobene Eigentumsübergang nicht früher erfolgte.

b) Rechtsprechung:

AG. Lahr, BadRpr. **03** 88: Bei Eigentumsvorbehalt tritt Übergang der Gefahr auf den Käufer trotz Übergabe erst mit völliger Kaufpreiszahlung ein, weil der Verkäufer bis zur völligen Abzahlung Eigentümer bleibt.

OLG. Stuttgart, R. **03** 42: Ein Eigentumsvorbehalt an einem verkauften Geschäfte „bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufpreises" ist rechtlich unmöglich.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

Literatur: Conze, Der Einfluß einer Verfügung des Käufers über die Kaufsache auf die ädilizischen Rechtsmittel. Berlin 1903. — Schroeder. Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kaufe nach dem BGB. Berlin 1903.

§§ 459 ff. 1. a) Kisch, KrVSchr. **44** 559: Wenn der Verkäufer nach Vertragsabschluß infolge eines zu vertretenden Umstandes die Sache zu einer mangelhaften macht, kann der Käufer Schadensersatz verlangen, denn diese Schadensersatzpflicht ist nicht eine Folge des Mangels als solchen, sondern eine Rechtswirkung der schuldhaften Nichterfüllung. Es liegt also darin keineswegs eine Erweiterung der Ansprüche des Käufers wegen Fehlerhaftigkeit, sondern lediglich eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Folgen schuldhafter Vertragsverletzungen. Diese sind aber nicht durch die in den §§ 459 bis 493 getroffenen Regeln von der Mängelgewähr eingeschränkt worden. Auch Kipp, DJZ. **03** 256 hält die Regelung der Mängelhaftung beim Kaufe in dieser Richtung nicht für exklusiv. Er meint aber, daß man dann auch im Falle der Schenkung und der Leihe trotz der §§ 521, 598, 599 denjenigen, der in leichter Fahrlässigkeit dem Beschenkten, dem Entleiher eine schadenstiftende Sache zuschiebt, für den Schaden haften lassen muß, soweit es sich um eine Verletzung der durch § 823 geschützten Güter handelt. Vgl. auch Staub, Guttentagsche Festgabe für d. DJT., JDR. **1** S. 344 I und oben zu § 276 Note 6b unter γ.

b) A. M. Titze, Unmöglichkeit der Leistung 274—284 und KrVschr. **45** 376 ff.: Soweit die Mangelhaftigkeit der Ware für den Schuldner eine Unmöglichkeit der Leistung begründet, kommen nicht die allgemeinen Grundsätze von der Unmöglichkeit der Leistung, sondern die spezifischen Grundsätze von der Mängelgewähr zur Anwendung. Dabei ist begrifflich scharf zwischen der mangelhaften und der nicht existierenden Sache zu unterscheiden.

2. Sukzessivlieferungsgeschäft. Dernburg, DJZ. **03** 1 ff.: Bei einem Kaufvertrag über Lieferung in sukzessiven Terminen kann der Käufer, wenn er die mangelhafte Ware in einem der Lieferungstermine bereits angenommen hat, Minderung oder Wandelung bezüglich des Gelieferten verlangen, nicht aber vom ganzen Vertrage zurücktreten. Verlangt er bei Gattungskäufen Lieferung mangelfreier Ware und kommt der Verkäufer mit dieser in Verzug, weil die neu gelieferte Ware wieder mangelhaft ist und deshalb vom Käufer zurückgewiesen wird, so kann dieser vom ganzen Vertrage zurücktreten. **RG. 54** 98 und die Gegner Dernburgs s. o. Ziff. 5 zu § 326; vgl. auch JDR. **1** Ziff. 5 zu § 326.

Dernburg ist neuerdings auch Kipp in dem Aufsatze „das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen", DJZ. **03** 253 ff., beigetreten. Er führt aus: Der Käufer kann mangelhafte Lieferung zurückweisen. In diesem Falle bleibt der Verkäufer im Verzuge, wenn er schon vorher darin war (denn seine Verpflichtung zur Lieferung vertragsmäßiger Ware ist unerfüllt); er kommt in Verzug, wenn mit der Zurückweisung eine Mahnung um vertragsmäßige Ware verbunden wird. Ist die mangelhafte Ware angenommen, so kann der Käufer nach § 480 bessere Ware verlangen; verlangt er sie, so ist Verzug begründet, wenn nicht sofort die kraft des § 480 bestehende Verbindlichkeit zur Lieferung besserer Ware erfüllt wird. Ist aber Verzug begründet, so kann der Käufer gemäß § 326 nach Fristsetzung, unter Umständen ohne solche, zurücktreten und zwar auch wegen Verzugs mit einer Ratenlieferung. Daneben bedarf es des kunstvoll begründeten Staubschen Rücktrittrechts nicht. Denn es ist nicht einzusehen, worin die das Rechtsgefühl verletzende Beeinträchtigung der Interessen des Käufers liegen sollte, wenn man an der streng dem Gesetze folgenden Begründung des Rücktritts festhält (256).

Die Praxis über das Sukzessivlieferungsgeschäft s. o. Ziff. 6 zu § 326.

3. Schroeder a. a. O. 2ff.: Für den Kauf einer Einzelsache besteht ein Unterschied zwischen den aus dem Vertrag entspringenden, auf Übergabe und Eigentumsverschaffung zielenden Erfüllungsverpflichtungen des Verkäufers einerseits und seiner Haftung für die physische Beschaffenheit der Kaufsache, der Gewährleistungspflicht für Sachmängel, andererseits; somit erscheint die Lieferung einer fehlerhaften Sache nicht als Vertragswidrigkeit.

Demgemäß können neben den speziellen Regeln über Mängelgewähr die allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung der Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, soweit es sich um den Verkauf einer Einzelsache handelt, nicht zur Anwendung kommen (6—8). Auch folgt aus dieser Grundauffassung der Gewährleistung, daß der die Wandelungs- und Minderungsansprüche geltend machende Käufer neben dem Abschluße des Vertrags in allen Fällen, auch bei Weigerung der Annahme wegen der Fehlerhaftigkeit, das Vorhandensein des Fehlers zu beweisen hat (10, 11).

Bei der großen Vergünstigung, die das Bürgerliche Recht im Anschluß an die römische Gewährleistungslehre dem Käufer dadurch zuteil werden läßt, daß es ihm ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Verschuldens beim Verkäufer Ansprüche aus der Mangelhaftigkeit der Sache zugesteht, mußte das Gesetz, um nicht dem Vorwurf allzugroßer Einseitigkeit zu verfallen, eine Reihe von Ausgleichungsbestimmungen zugunsten des Verkäufers aufnehmen; zu diesen gehören sowohl das Erfordernis der Erheblichkeit des Fehlers und der Ausschluß der Haftung bei Kenntnis, bzw. grobfahrlässiger Unkenntnis des Käufers (9, 10, 19 bis 23), als auch vorzüglich die dem römischen Rechte fremde, ganz eigenartige Durchführung der dem Käufer zustehenden Ansprüche (9, 10, 36ff.). Während nämlich das römische Recht die Durchführung der Gewährleistungsansprüche durch eine einseitige Erklärung des Käufers bewerkstelligte, verlangt das Gesetz durch die Fassung seiner Vorschriften, daß nur in gemeinschaftlichem Zusammenwirken der Parteien die Abwickelung der aus dem Vorhandensein von Fehlern entspringenden Folgen zu geschehen vermag (36ff.).

Wie der Käufer sich keine Verbesserungsversuche gefallen zu lassen braucht, hat er auch seinerseits nicht das Recht, eine Nachbesserung der Sache vom Verkäufer zu verlangen (13).

4. Rechtsprechung. a) **RG. 53** 200, JW. **03** Beil. 34: Durch die Vorschriften über Gewährleistung wird der Anspruch gegen den Verkäufer auf Schadensersatz wegen schuldhafter Lieferung einer mangelhaften Sache nicht ausgeschlossen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 462.

b) **RG. 53** 70, JW. **03** Beil. 15, SeuffA. **58** 345ff.: Die Gewährleistungsansprüche setzen die Übergabe der gekauften Sache voraus; deshalb kann die Abnahme der gekauften Sache nicht auf Grund der Gewährleistungsvorschriften geweigert werden.

§ 459. I. Abs. 1. Schroeder a. a. O. 14ff., 19: Um die Entscheidung der Frage nach der normalen Brauchbarkeit einer Sache von dem richtigen Standpunkt aus treffen zu können, wird die zur Festlegung des Begriffs des Fehlers einer Sache berufene Verkehrsauffassung der Verschiedenheit der menschlichen Interessensphären weitgehende Beachtung zu zollen haben, da es niemals gelingen kann, ein jedes einzelne Mal gleicherweise zu verwendendes Maß anzulegen. Es wird mithin insbesondere auf die sozialen Verhältnisse, unter denen der Kaufvertrag abgeschlossen ist, Rücksicht zu nehmen sein.

II. Abs. 2. 1. Schneider, R. **03** 522 weist auf die Gefahr hin, welche alle Verkäufer bei einer zuweitgehenden richterlichen Annahme von „Zusicherungen" beim Kaufvertrage treffen muß, und warnt besonders davor, nicht zu rasch mit der Annahme stillschweigender Zusicherungen zu sein.

Nur da, wo es dem Verkäufer zur Schuld angerechnet werden muß, eine Ware ohne Prüfung auf ihre gewöhnlichen oder nach dem Vertrage „vorausgesetzten“ Eigenschaften aus der Hand zu geben, tritt auch ohne deren „Zusicherung“ eine Haftung auf Schadensersatz ein. Der Richter hat zu ermessen, ob solche Schuld anzunehmen sei oder nicht (§ 276). Der Nachweis, daß den Verkäufer eine Schuld bei Abgabe der ungenügenden (oder gefährlichen) Ware treffe, liegt dem Käufer ob (523).

2. Schroeder 81: Die Zusicherung, bestimmte außerhalb der physischen Eigenschaften der Sache liegende Momente würden sich in der Zukunft verwirklichen, gehört nicht in den Rahmen des Gewährleistungsrechts.

3. Verhältnis des § 459 Abs. 2 zu § 119 Abs. 2.

a) Schloßmann a. a. O. 51 ff.: Ist einem Käufer das Vorhandensein von gewissen Eigenschaften, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, zugesichert, so enthält dieser Tatbestand sowohl die Voraussetzung des Anfechtungsrechts nach § 119 Abs. 2, als der an viel engere Bedingungen gebundenen Ansprüche aus den §§ 462, 463 (vgl. auch die Ausführungen auf S. 21 a. a. O.). Da eine das gegenseitige Verhältnis dieser Bestimmungen regelnde Norm im Gesetzbuche nicht enthalten ist, hat der Richter diese Lücke durch seine Willensentscheidung auszufüllen. Die allein zweckmäßige Entscheidung ist die, welche dem § 119 Abs. 2 die Anwendung auf den Fall, daß verkehrswesentliche Eigenschaften zugesichert sind, versagt und den Käufer auf die aus den §§ 459 ff. für ihn folgenden Ansprüche beschränkt. Der Erfolg dieser Rechtsprechung würde der sein, daß das durch § 119 Abs. 2 nicht berücksichtigte Schuldmoment insofern wiederum für einen Teil der Fälle in Betracht käme. Irrt nämlich der Käufer infolge von selbst grober Fahrlässigkeit, während der Verkäufer ihm, wie er wissen mußte, die Abwesenheit gewisser Eigenschaften arglistig verschwiegen hat, so wird man auch hier stillschweigende Zusicherung der das Widerspiel der Fehler bildenden Eigenschaften annehmen dürfen. In diesen Fällen kann also der schuldhaft irrende Käufer ein Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 nicht ausüben, sondern Ansprüche nur nach Maßgabe von §§ 459 ff. geltend machen (53).

Auch in allen Fällen, in denen jemand irrtümlich das Vorhandensein einer Eigenschaft an der Sache voraussetzt, deren Fehlen einen Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art darstellt, und die andererseits zugleich zu denjenigen Eigenschaften gehört, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, steht dem Käufer nur das Wandelungs- oder Preisminderungsrecht nach den §§ 462 ff., nicht aber das Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 zu (54/55).

b) Auch Betzinger, R. **03** 276 ff., meint das Verhältnis dieser Bestimmungen betreffend: Die im Interesse der Verkehrssicherheit aufgestellten Beschränkungen der ädilizischen Ansprüche würden im Erfolge vereitelt werden, wenn man auf dem Wege der Anfechtung aus § 119 unter dem Titel fehlender „wesentlicher Eigenschaften“ die gemäß §§ 460 oder 477 präkludierten Sachmängel geltend machen könnte. Vgl. das in diesem Sinne ergangene Urteil des OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 87.

c) Danz, Jherings J. **46** 463, führt über das Verhältnis des Irrtums zur Wandelungsklage gegen Schloßmann aus, es müsse zunächst durch Auslegung festgestellt werden, welche Verpflichtungen aus dem konkreten Kaufvertrag entsprungen seien, um beurteilen zu können, ob ein Irrtumstatbestand oder ein Tatbestand der Wandelung vorliegt (471). Die Auslegung ergibt nun in allen diesen Fällen, daß der Gegner gerade eine Sache, die mit diesen Eigenschaften versehen ist, zu leisten verpflichtet ist: glaubte also der Käufer, daß er durch die konkrete Vertragserklärung das Recht auf eine Sache mit diesen Eigenschaften erwarb, so irrte er gar nicht und hat daher, da nur dem

Irrenden das Anfechtungsrecht aus § 119 zusteht, das Anfechtungsrecht überhaupt nicht, sondern nur die Rechtsmittel wegen ädilizischer Mängel. Nur der Verkäufer kann daher bei solchem Tatbestand ein Anfechtungsrecht auf Grund von § 119 haben, wenn er irrtümlicherweise glaubte, aus der Vertragserklärung zur Lieferung einer Sache ohne solche Eigenschaften verpflichtet worden zu sein (472). Er meint, es bedürfe daher, um zu diesem Resultate zu kommen, nicht des von Schloßmann eingeschlagenen eigentümlichen Verfahrens (473).

III. Aus der Rechtsprechung:

1. Abs. 1. a) Vorhandensein von Fehlern. OLG. Stuttgart, DIZ **03** 227: Um einen Fehler der Ware, der ihre Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigen würde, handelt es sich nicht, wenn sie nicht mit dem ihr vom Fabrikanten gegebenen Namen bezeichnet werden darf, weil dieser bereits für eine andere Firma als Warenzeichen eingetragen ist, ebensowenig um eine Unmöglichkeit der Erfüllung seitens des Fabrikanten.

OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 72: Liefert der Verkäufer Winterroggen statt des zur Aussaat verlangten Sommerroggens, so liefert er nicht eine mangelhafte, sondern eine andere Kaufsache und zwar auch dann, wenn sich der Käufer mit Entnahme des Roggens aus einem bestimmten Haufen einverstanden erklärt hat.

Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz verjährt nicht in 6 Monaten, sondern in 30 Jahren (§ 194 Abs. 1, § 195).

RG. 55 201 ff., IW. **03** Beil. 98: Wird ein durch Zuckerzusatz verbesserter, sog. gallisierter Wein an einen Weinhändler verkauft und zwar zum Zwecke des Weiterverkaufs als Wein, so ist anzunehmen, daß dieser Wein mit einem erheblichen Fehler behaftet ist, wenn er nicht den Bestimmungen des Reichsgesetzes betr. den Verkehr mit Wein vom 20. April 1892 (§ 3 Ziff. 4) entspricht.

RG. IW. **03** Beil. 68: Unbewohnbarkeit eines Gebäudes, welche in der baupolizeilichen Beschaffenheit der Wohnräume ihren Grund hat, ist als Sachmangel aufzufassen (69). Ebenso IW. **03** 140.

b) LG. Darmstadt, HessRspr. **3** 68 ff.: Inhaberpapiere sind Sachen im Sinne des § 459. Erhält der Gläubiger von dem Schuldner Wertpapiere in Zahlung, bezüglich deren beide Teile annehmen, sie repräsentieren einen Wert von 2500 M. während sie in Wahrheit z. Z. der Übergabe nur einen Wert von 2304 M. haben, so sind diese Papiere mit Fehlern behaftet, die den Wert zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche mindern.

c) **RG.** Holdheims MSchr. **12** 164: Ist die Kaufsache infolge des Fehlers völlig wertlos, so kann der volle Preis mit dem durch Klage oder Einrede geltend gemachten Anspruch auf Preisminderung auch ohne Wandelung zurückgefordert werden. Der für den Mangel beweispflichtige Käufer hat auch die Beweislast für den Umfang des Minderwerts. Der Weiterverkauf schließt nicht um deswillen die Minderung aus, weil er mit Gewinn vorgenommen ist.

d) **RG. 54** 80, IW. **03** 156: Der Käufer, welcher eine wegen Mängel zur Verfügung gestellte Ware weiterverkauft, und diesen Weiterverkauf dem Verkäufer verschweigt, muß sich so behandeln lassen, als habe er auf die Rechte, die Empfangnahme der Ware abzulehnen, verzichtet und die Ware als eine von vornherein vertragsmäßig beschaffene übernommen.

e) **RG.** IW. **03** Beil. 33: Der Verzicht des Käufers auf die Gewährleistung kann nicht aus dem Grunde beseitigt werden, weil der Käufer sich zu diesem Verzichte durch die — objektiv unrichtige — Zusicherung des — gutgläubigen — Verkäufers hat bestimmen lassen, daß die Kaufsache mangelfrei sei.

2. Abs. 2. a) Zusicherung im allgemeinen. **RG.** R. **03** 41 Nr. 164, DIZ. **03** 31: Eine Angabe des Verkäufers ist noch keineswegs eine vertrags-

mäßige Zusicherung. Eine solche Zusicherung von Eigenschaften liegt nur dann vor, wenn der Käufer in erkennbarer Weise seinen Kaufswillen vom Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Sache abhängig macht und der Verkäufer seinen Willen, dafür einstehen zu wollen, zu erkennen gibt.

RG. JW. **03** Beil. 43: Einer ausdrücklichen Garantieübernahme für die Entstehung der Vertretungsverbindlichkeit bedarf es nicht, dagegen gehört es zum begrifflichen Wesen der Zusicherung, daß sie Bestandteil des Veräußerungsvertrags geworden ist.

RG. 54 219, JW. **03** Beil. 69: Nicht jedes dictum ist ohne weiteres als Zusicherung zu betrachten, sondern nur, wenn die Erklärung vom Käufer als vertragsmäßige verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben ist.

BayrObLG. 3 547 ff.: Der Verkäufer haftet aus der Zusicherung einer Eigenschaft des Kaufgegenstandes nur, wenn die Zusicherung zum Inhalte des Vertrags gemacht worden ist (551).

b) Zusicherung in besonderen Fällen. **RG.** JW. **03** Beil. 56: Der Umstand, daß bei der Besichtigung des Hauses im Dachgeschoß eine Wohnung gefunden wurde, enthält eine Zusicherung in bezug auf die Benutzbarkeit nicht, da ein tatsächlicher Zustand als solcher keine Gewähr für seine Fortdauer bietet. Diese Sicherheit wird nur durch ausdrückliche Aufnahme der Eigenschaft in den Vertrag gewährt.

RG. 54 222, JW. **03** Beil. 69: Die Erklärung des Verkäufers, ein Gebäude sei zu einer bestimmten Summe gegen Feuersgefahr versichert, ist als Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des Gesetzes anzusehen. Den folgenden Gründen des OLG. Breslau hat sich das RG. angeschlossen: Da der Versicherung von Gebäuden gegen Feuersgefahr eine Abschätzung durch Sachverständige vorherzugehen pflegt, so gewährt der Betrag der Feuerversicherungssumme einen erheblichen Anhalt dafür, daß das betreffende Gebäude einen ihr entsprechenden Wert habe, und die Zusicherung, ein Gebäude sei zu einer bestimmten Summe versichert, steht der Zusicherung gleich, das Gebäude habe laut Anerkennung von sachverständiger Seite den Wert in der angegebenen Höhe.

c) **RG.** CBlFrG. **4** 258: Ein Gewährleistungsanspruch wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften ist nicht begründet, wenn die Zusicherung für den Kaufentschluß des Käufers nicht etwa bloß nicht ausschlaggebend, sondern auch nicht einmal mitbestimmend gewesen ist.

d) Eigenschaft der Sache. JW. **03** Beil. 113: Nicht nur die dauernde Ertragsfähigkeit einer Sache, sondern auch deren zu einer bestimmten Zeit tatsächlich gegebener Ertrag, und zwar ohne Rücksicht auf frühere oder später mögliche abweichende Verhältnisse, hat als Eigenschaft der Sache zu gelten.

OLG. Breslau, R. **03** 526 Nr. 2641: Ist mit Rücksicht auf den Eingangszoll vereinbart, daß die zu sendende Ware sich durch das Vorhandensein von Merkmalen dem Auge als Rohware kenntlich macht, so bildet das Nichtvorhandensein des Merkmals das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft.

RG. SeuffA. **58** 5 ff.: Zusicherung eines bestimmten Bierumsatzes der verkauften Wirtschaft als Zusicherung einer Eigenschaft.

§ 460. RG. DJZ. **03** 405: Die Nichtlieferbarkeit einer Aktie ist ein Mangel, den eine Bank kennen muß.

§ 462. 1. Rechtliche Natur des Anspruchs auf Wandelung. Vgl. vor allem JDR. **1** Ziff. 4 zu § 462 u. auch u. Ziff. 1 zu § 465.

a) Langheineken a. a. O.: Allein der § 462, nicht aber § 465, ist für die Determinierung des Wandelungs- und des Minderungsanspruchs entscheidend (223, 231). Langheineken glaubt den Inhalt des Wandelungsan-

spruchs nicht schärfer bestimmen zu können als durch die Verweisung auf den Inhalt der in integrum restitutio, in dem Sinne, daß der gleiche Effekt, den bei diesem Rechtsmittel die richterliche Entscheidung herbeizuführen bestimmt ist, beim Wandelungsanspruche durch die Tätigkeit des Verpflichteten, des Verkäufers, hergestellt werden soll; hier bedarf es unter Umständen noch einer Ergänzung dieser Tätigkeit durch Leistungen seitens des Wandelungsberechtigten, während dort die Rückgängigmachung der eingetretenen Wirkungen in einem Zuge gleichzeitig nach beiden Seiten hin durch den Richterspruch erfolgt (229). Näheres s. 223—228.

b) Aus diesem Paragraphen, insbesondere aus dem Ausdrucke „Rückgängigmachung", der nur im Sinne von „Aufhebung durch übereinstimmende Willenserklärung" zu deuten ist, ergibt sich, in Verbindung mit § 465 und § 467, sowie insbesondere aus § 479, daß Inhalt des Gewährleistungsanspruchs die Abgabe einer Willenserklärung durch den Verkäufer ist. (Eingehende Begründung Schroeder 25—36.) Aus rechtspolitischen Erwägungen ist diese vom Gesetzgeber gewählte juristische Struktur der Gewährleistungsansprüche unbedingt zu billigen (Schroeder 36, 37).

c) Titze, Unmöglichkeit 277 und KrVSchr. **45** 378: Die dem Käufer aus der Mangelhaftigkeit der Ware erwachsenden Ansprüche sind in den §§ 462, 463 erschöpfend geregelt. Rechte, die hier nicht genannt sind, kann der Käufer auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nicht aus einem Verschulden des Käufers für sich ableiten.

d) Die gleichzeitige Erhebung der Klage auf Abgabe der Einverständniserklärung und der auf Rückerstattung des Kaufpreises ist aus § 259 der ZPO. zu begründen. Schröder 40—50. Vgl. OLG. **4** 35 (Marienw.), IDR. **1** Ziff. 5.

2. Über die Haftung des Verkäufers für Schaden, der dem Käufer a) infolge eines Mangels der Sache entsteht, b) infolge des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft, vgl. auch Neumann, Prolegomena 154 ff. und 161 f.

3. Rechtsprechung. OLG. Posen, R. **03** 400 Nr. 2142: Ein Anspruch auf Wandelung eines Kaufvertrags ist grundsätzlich nur hinsichtlich schon gelieferter Waren gegeben. Der aus einem Sukzessivlieferungsgeschäft in Anspruch genommene Käufer, welcher vier angeblich minderwertige Fahrräder geliefert erhalten hat, kann daher die Abnahme der noch zu liefernden sechs Räder nicht mit der Erklärung verweigern, daß er wegen Mangelhaftigkeit der bereits gelieferten vier Räder vom Vertrage zurückgetreten sei. Aus der Tatsache allein, daß vier von einer Fabrik gelieferte Räder Mängel aufgewiesen haben, darf noch nicht der Schluß gezogen werden, daß auch die noch zu liefernden Räder anderer Marke gleichfalls mangelhaft sein werden.

Im übrigen s. über Sukzessivlieferungsgeschäft o. Ziff. 2 zu §§ 459 ff. und Ziff. 6 zu § 326.

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 329: Wenn jemand nach vollständiger Erfüllung zur Wandelung berechtigt sein würde, so ist er auch bei erst begonnener Erfüllung zur Annahmeverweigerung berechtigt, wenn sich schon jetzt ersehen läßt, daß der Vertrag nicht erfüllt werden wird.

§ 463. 1. Falls der Käufer einer Sache einen Entschädigungsanspruch damit begründet, daß die Sache einer von ihm zu beanspruchenden Eigenschaft entbehre, muß der Verkäufer nach Schulz, Beweislast 15, das Vorhandensein der Eigenschaft beweisen. A. M. **RG. 20** 7.

2. Arglistiges Verschweigen i. S. dieses Paragraphen ist die Unterlassung der Aufklärung über dem Verkäufer bekannte, seiner Ansicht nach aber dem Käufer unbekannte Fehler der Kaufsache. Schröder 86 f.

3. **RG.** SeuffA. **58** 312 ff.: Die Beweislast über den Inhalt der Erklärung des Verkäufers, worin der Käufer eine arglistige Täuschung findet, hat dieser, auch wenn der Verkäufer behauptet, seine Erklärung habe der Käufer nicht vollständig wiedergegeben (313).

4. Über das Verhältnis des § 463 zu § 123 handelt **RG.** JW. **03** Beil. 90, s. o. Ziff. 2 zu § 123.

§ 464. 1. a) Bei einem Realkaufe genügt ein Vorbehalt zur Erhaltung der Ansprüche des Käufers nicht; doch kann aus solchem Vorbehalt auf eine besondere Nebenabrede der Parteien, gerichtet auf Beseitigung des Fehlers, geschlossen werden. Schröder a. a. O. 25.

b) Die Annahme ist keine Willenserklärung, sondern eine private Handlung ohne Äußerungsgehalt. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 216.

2. OLG. Breslau, R. **03** 550 Nr. 2777: Die Benutzung einer Sache, deren Mangelhaftigkeit erst nach der Annahme zur Kenntnis des Käufers gelangt, führt nicht zum Verluste des Rechtes mangels eines Vorbehalts bei der Ingebrauchnahme.

§ 465. 1. Rechtliche Natur der Wandelung (s. im übrigen Ziff. 1 zu § 462).

a) Langheineken 231 ff.: Bei der Auslegung des § 465 ist auszugehen von der strengen Unterscheidung zwischen Durchführung und Vollziehung der Wandelung; jene, die Durchführung der Wandelung, ist Gegenstand des Wandelungsanspruchs, nicht die Vollziehung, insbesondere nicht die Vollziehung gemäß § 465. — Die Vorschrift des § 465 ist nur exemplikativ gemeint.

Der im § 465 bezeichnete Vorgang braucht nicht als Vertrag gedacht zu werden. Die Wandelung auf „Verlangen des Käufers" erklärt sich ohne Zwang aus dem Umstande, daß der Wandelungs- wie der Minderungsanspruch sich als Alternativansprüche charakterisieren und demnach verhaltene Ansprüche vorstellen (näheres hierüber s. a. a. O. 101 ff., 195 f., 200), für die nur die Besonderheit gilt, daß das Wahlrecht nicht schon mit der Stellung des Verlangens, auch nicht notwendig erst mit der Realisierung des einen Anspruchs, sondern auch mit der „Vollziehung" der Wandelung oder der Minderung erlischt, eine Ausnahme von § 263 Abs. 1, die durch die gegenwärtige Fassung des § 465 eingeführt ist. Darin besteht die nächste Bedeutung des § 465, aber freilich nicht die einzige (232). Das dem „Verlangen der Wandelung bzw. Minderung", also der Geltendmachung dieses verhaltenen Anspruchs nachfolgende Einverständnis, das die Wandelung oder Minderung vollzieht, erscheint danach als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, eine Auffassung, die durch die Vermeidung von Ausdrücken wie „Antrag", „Vereinbarung", „Einigung", „Übereinkommen" im Gesetze noch bestätigt wird (233).

Über Vollziehung der Wandelung durch Rechtsgeschäft und ihre Wirkungen s. 233 ff., durch Urteil 235 ff.

b) Zum Vollzuge der Wandelung oder der Minderung ist in aller Regel der Abschluß eines Wandelungs- bzw. Minderungsvertrags notwendig. Titze, Unmöglichkeit 280.

c) Oetker, JBl. **15** 122: Obwohl die Wandelung sich nach § 465 durch Vertrag vollzieht, ist doch die Wandelungsklage nicht Klage auf Abschluß des Wandelungsvertrags, sondern auf Aufhebung des Rechtsverhältnisses durch Richterspruch, also wahre Bewirkungsklage. Es ist kein Widerspruch, zwei Verwandelungstatbestände anzunehmen, Vertrag und Richterspruch. Nimmt man an, daß der Richter das Rechtsverhältnis aufhebt, so kann er auch sofort die konkreten Folgen dieser Aufhebung mit aussprechen und die Klage darauf mit gerichtet werden.

d) Über § 465 im Prozesse führt Schneider, Buschs Z. **31** 285 gelegentlich einer Erörterung über den Irrtum im Prozeß aus: Es braucht der Käufer nicht erst den Versuch machen, diesen Vertrag auf Wandelung oder Minderung zum Vollzuge zu bringen oder gar den Verkäufer auf dessen Abschluß zu verklagen. Er hat vielmehr sofort die Möglichkeit, den Wandelungs- oder Minderungsanspruch selbst im Prozesse geltend zu machen; der § 465 hat dieses Recht auf richterlichen Ausspruch der Wandelung oder Minderung nicht berührt.

e) Levy, Gewährleistung f. Mängel beim Werkvertrage: Während nach allgemeinen Grundsätzen ein Wahlrecht durch eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung erlischt, soll dasselbe bei der Wandelung bzw. Minderung erst erlöschen, wenn sich der Unternehmer mit der Wandelung bzw. Minderung einverstanden erklärt.

Das Verlangen, zu wandeln oder zu mindern, ist keine Offerte, die nur nach Maßgabe des § 147 angenommen werden kann, sondern, da es ein Recht des Käufers bzw. Bestellers darstellt, eine bis zur Zurücknahme gültige Erklärung, mit der sich bis zu diesem Zeitpunkte der Verkäufer bzw. Unternehmer einverstanden erklären kann.

Mit dem Einverständnis ist und bleibt die Wandelung bzw. Minderung vollzogen.

Dem Einverständnisse des Verkäufers bzw. Unternehmers steht es gleich, wenn er den Kaufpreis bzw. die Vergütung ganz oder z. T. zurückgewährt oder wenn er mit seiner Klage gegen den Käufer bzw. Besteller auf Zahlung des Kaufpreises bzw. der Vergütung abgewiesen wird.

2. Rechtsprechung. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 107, SeuffA. **58** 437 f.: Gerät der Käufer nach vollzogener Wandelung mit der Rückgewähr der Kaufsache in Verzug und versäumt er die ihm vom Verkäufer auf Grund des § 354 zur Rückgewähr gestellte Frist, so erhält er das Wahlrecht auf Minderung des Kaufpreises nicht zurück, es bleibt vielmehr bei dem Inhalte des Kaufes.

OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 106, SeuffA. **58** 436: Das Recht des Käufers auf Minderung geht mit der Vollziehung der Wandelung unter.

§ 466. 1. Levy, Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrage: Die Bestimmung, daß der Käufer dem Verkäufer bzw. der Besteller dem Unternehmer gegenüber den Mangel behaupten muß, wird dem Paragraphen oft seine praktische Bedeutung nehmen. In vielen Fällen wird man aber diese Voraussetzung schon dann als erfüllt ansehen können, wenn der Käufer bzw. Besteller auf eine bezügliche Anfrage des Verkäufers bzw. Unternehmers schweigt.

Dadurch, daß der Käufer bzw. Besteller die ihm gesetzte Frist verstreichen läßt, ohne sich zu erklären, verliert er nicht das Recht, Minderung zu verlangen.

2. Schroeder a. a. O. 61 ff.: Wenn mehrere Käufer vorhanden sind, so dürfte es nach der Natur der Sache für die Zulässigkeit der im § 466 vorgesehenen Fristbestimmung genügen, wenn dem Verkäufer seitens eines der Gegenkontrahenten die Anzeige von der Fehlerhaftigkeit zugeht; — um dann den Ausschluß des Wandelungsrechts herbeizuführen, hat aber der Verkäufer seine Wandelungsofferte nicht nur an den Rügenden, sondern an alle Käufer zu richten, da nur unter Mitwirkung aller der Wandelungsvertrag geschlossen werden kann; will einer von diesen den Vertrag nicht innerhalb der Frist zustande bringen, so ist das Wandelungsrecht nach § 467 für alle erloschen. Im umgekehrten Falle erscheint die Mitteilung an einen Verkäufer ausreichend, worauf dann von allen das Wandelungserbieten zu erfolgen hat (62).

§ 467. 1. Conze: Der Einfluß einer Verfügung des Käufers über die Kaufsache. Zugrunde liegt folgendes Prinzip: „Hat der Käufer eine Verfügung

über die Kaufsache vorgenommen, so darf ihm sein Wandelungsanspruch nur dann erhalten bleiben, wenn dies nicht zu einer unbilligen Härte gegen den Verkäufer führen würde. Nach diesem Gesichtspunkte hat der Gesetzgeber die Interessen beider Teile gegeneinander abzuwägen. Das Resultat, zu dem er kommt, braucht aber wegen der steten Änderungen der Verkehrsverhältnisse nicht zu allen Zeiten das gleiche zu sein. Daher erklärt es sich, daß wir mehrere Unterschiede zwischen gemeinem Rechte und BGB. zu verzeichnen haben. Während gemeinrechtlich eine verschuldete unwirtschaftliche Verfügung des Käufers über die Kaufsache ihm die Möglichkeit der Redhibition nicht nehmen soll, wenn er dem Verkäufer nur Schadensersatz leistet, schließt das BGB. — abgesehen von den Besonderheiten des Viehhandels — in diesem Falle die Wandelung überhaupt aus, es sei denn, daß es sich nur um eine unwesentliche Verschlechterung handelt. Dagegen läßt eine Verfügung, die als eine wirtschaftliche Handlung, als die Handlung eines ordentlichen Hausvaters erscheint, den Wandelungsanspruch grundsätzlich bei Bestand. Indessen gilt auch dies wieder nur für das gemeine Recht ausnahmslos. Das BGB. läßt hier, wenn der Käufer die Kaufsache umgestaltet hat, den Verlust des Wandelungsanspruchs ganz unabhängig von einem Verschulden des Käufers immer dann eintreten, wenn sich nicht etwa der Mangel erst bei der Umgestaltung gezeigt hat. Für unsere heutigen Verhältnisse ist sicherlich der Regelung des BGB. der Vorzug zu geben. Es macht sich das Bestreben des Gesetzgebers bemerkbar, die Rechte des Käufers durch Einschränkung der Wandelungsmöglichkeit zu beschneiden. Und dies liegt zweifellos im Interesse der Verkehrssicherheit."

Was das Verschulden des Käufers bei Behandlung der Kaufsache betrifft, so bildet es einen Spezialfall des von Zitelmann für das BGB. allgemein aufgestellten Begriffs des Verschuldens gegen sich selbst oder in eigenen Angelegenheiten.

2. Bei unverschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit der Rückgabe der Kaufsache durch den Käufer vor Abschluß des Wandelungsvertrags wird der Käufer frei, behält aber sein Rückforderungsrecht auf den gezahlten Kaufpreis. Schroeder 56, 57.

3. Rechtsprechung.

a) **RG. 54** 223 ff., JW. **03** Beil. 69: Ist der Kaufgegenstand im Wege der Zwangsversteigerung an den Wandelungsbeklagten selbst zurückgelangt, so ist hierin eine vollständige Unmöglichkeit der Rückgabe für den Wandelungskläger zu finden (§§ 351, 353), wenn auch allerdings in diesem Falle denkbar wäre, daß der Kläger mit großen Opfern die Sache vom Beklagten zurückerwerben könnte, um sie ihm dann Zug um Zug gegen Leistung der Klaganspruche abermals auszuhändigen. Hiernach hängt es nach den §§ 351, 353 lediglich von dem Verschulden oder Nichtverschulden des Klägers an der Zwangsversteigerung ab, ob er zur Gewährleistungsklage überhaupt berechtigt ist oder nicht (vgl. **RG. 50** 190, JDR. **1** zu § 467 a. E.).

b) OLG. Breslau, R. **03** 550 Nr. 2778: Der vom Käufer zu erweisende Anspruch auf Wandelung kann so lange geltend gemacht werden, bis der Verkäufer dessen Verlust nachweist. Der Verlust kann auf der gesetzlichen Versagung des Rücktrittsrechts, aber auch auf der nachträglichen Billigung des Mangels beruhen. In der Benutzung der mangelhaften Sache durch den Käufer ist nur dann der Verzicht auf den Wandelungsanspruch zu sehen, wenn daraus der Wille, die Sache trotz des Fehlers als Kaufgegenstand gelten zu lassen, klar hervorgeht.

c) Über den gemeinsamen Erfüllungsort für die beiderseitigen Verpflichtungen aus der Wandelung handelt **RG. 55** 105 ff. in Bestätigung des OLG. **6** 380 f. (Breslau). Siehe hierüber o. Ziff. 8g zu § 269. (Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 5 a. E. zu § 462.)

§ 468. **RG.** JW. **03** Beil. 125: Hat der Mann bei dem Verkauf eines zu dem Gesamtgute gehörenden Grundstücks eine als Teil des Vertrags anzusehende Zusicherung über die Größe des Grundstücks ohne Einwilligung der Frau abgegeben (§ 1445), so ist diese Zusicherung nicht Bestandteil des Veräußerungsvertrags geworden und entbehrt der Wirksamkeit nicht nur gegen die Frau, sondern auch gegen den Mann. Ein Minderungsanspruch kann daher auf sie überhaupt nicht gegründet werden.

§ 470. Nebensache im Sinne dieses Paragraphen ist diejenige, die nach der konkreten Sachlage ohne eine andere — die Hauptsache — vom Käufer nicht erstanden wäre, während er diese andere ohne jene sehr wohl zum Gegenstand eines Vertragsschlusses gemacht hätte. Schröder 63 ff.

§ 472. Hinsichtlich des Minderungsvertrags ist eine bestimmte Vereinbarung über die Höhe der Preisherabsetzung nicht zu erfordern. Schröder 39.

§ 475. 1. Levy, Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrage: Der Umstand, daß der Käufer bzw. Besteller mehrere Mängel entdeckt hat, aber nur für einen derselben Minderung verlangt, wird meistens als ein Verzicht auf die Geltendmachung dieser Mängel aufgefaßt werden müssen. Die nachträgliche Geltendmachung würde in diesen Fällen dolos sein.

Die nachträgliche Geltendmachung der Wandelung bzw. Minderung wegen eines anderen Mangels enthält eine Klageänderung.

2. § 475 findet auf den Werkvertrag Anwendung, OLG. Posen, Pos. Mschr. **03** 74, 75.

§ 476. 1. Nach Beer, Arglistiges Verschweigen, DJZ. **04** 88 ff., setzt der Begriff des „arglistigen Verschweigens" voraus: positive Kenntnis; der Verkäufer muß den Mangel wissen, den er verschwiegen haben soll. Er muß auch um den Mangel wissen, d. h. überzeugt sein von der Wahrheit des Urteils, daß das Kaufobjekt mit den Eigenschaften behaftet ist, deren Verschweigen ihm zugerechnet werden soll. Er muß ferner den Mangel arglistig verschwiegen haben, d. h. in dem Bewußtsein, daß der Käufer in den Erlaß der Gewährleistung nicht eingewilligt haben würde, wenn auch ihm die dem Verkäufer bekannten und von ihm verschwiegenen Tatsachen bekannt gewesen wären (92).

2. **RG.** DJZ. **03** 453 f.: „Arglistiges Verschweigen" ist ein bestimmter juristisch-technischer Begriff und bedeutet: Verschweigen in der Absicht, den Gegenkontrahenten zu täuschen.

RG. Gruchots Beitr. **47** 925 ff., JW. **03** Beil. 99, SeuffA. **58** 314: Begriff der Arglist. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer alle ihm bekannten Umstände mitzuteilen, welche nach vernünftigem Ermessen für die Willensentschließung des Käufers erheblich sein können. Nach dieser Regel hat er nicht nur Fehler, die er als solche erkannt, sondern auch seine Zweifel an der Fehlerlosigkeit der Kaufsache dem Käufer bekannt zu machen. Versäumt er diese Pflicht, so handelt er arglistig. Er kann sich damit, daß er den Zweifel infolge seiner optimistischen Veranlagung zu seinen Gunsten gelöst habe, nicht entschuldigen, vielmehr muß er dem Käufer Veranlassung geben, die Sache nach der Richtung hin, in der die Zweifel bestehen können, selbst zu untersuchen oder durch Sachverständige untersuchen zu lassen (927).

§ 477. 1. Übergabe und Ablieferung sind keine Willenserklärungen, sondern private Handlungen ohne Äußerungsgehalt. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 216.

2. Abs. 2. Die Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises ist zulässig, ohne daß die Voraussetzungen des § 485 ZPO. vorliegen. Levy, Gewährleistung f. Mängel beim Werkvertrage.

3. Rechtsprechung. OLG. Marienwerder, SeuffA. 58 133 ff., Pos. Mschr. 03 22 ff.: Durch ein vom Verkäufer dem Käufer abgegebenes Garantieversprechen wird eine Verlängerung der Verjährungsfrist bewirkt. Die Verjährungsfrist wird nicht auf die Dauer der Garantiefrist verlängert, oder beginnt nicht gar erst mit dem Ablaufe derselben. Stellt sich innerhalb der Garantiefrist ein gewährleistungspflichtiger Mangel der gekauften Sache heraus, so ist insoweit der Zweck der Garantiefrist erledigt, und es kann dem Käufer zur Geltendmachung der ihm aus diesem Mangel zustehenden gesetzlichen Rechte keine längere Frist verstattet werden als die gesetzliche Verjährungsfrist. Vgl. auch u. zu § 639.

OLG. 6 91 ff. (Hamburg): Mit der Aushändigung der Postpaketadresse hat die Ablieferung der Ware an den Käufer nicht stattgefunden. Es liegt hierin lediglich der Versuch der Ablieferung, der aber scheitert, wenn der Käufer wegen verspäteter Lieferung die Ablehnung der Ware erklärt. Zur Ablieferung genügt nicht eine abgelehnte, wenngleich reale Traditionsofferte, wenn es dem Verkäufer nicht gelingt, sich des Gewahrsams der Ware zu entäußern. Solange sich der Adressat einer Postsendung zu deren Annahme nicht bereit erklärt, übt die Post den Gewahrsam für den Absender aus, mag die Paketadresse dem Adressaten auch schon abgegeben sein (92).

OLG. Marienwerder, SeuffA. 58 135: Die kurze Verjährungsfrist des § 477 kann dann nicht zur Anwendung kommen, wenn es sich um einen Schadensersatzanspruch wegen Lieferung anderer als der bestellten Ware handelt (136).

§ 478. 1. Dernburg, R. 03 137 ff.: „Anzeigen" sind solche Mitteilungen, aus welchen für den Empfänger klar hervorgeht, daß sich der Käufer seine Rechte wegen der Mängel des Kaufgegenstandes gegenüber dem Verkäufer vorbehalte, bloße Mitteilungen über Mängel der Ware genügen keinesfalls. Ob die Anzeige schriftlich oder mündlich erfolgt, macht keinen Unterschied. Der Käufer, welcher sich auf die Mängeleinrede berufen will, muß daher nicht nur nachweisen, daß er Äußerungen tat, in welchen eine Mißbilligung der Art oder Beschaffenheit des geleisteten Kaufgegenstandes lag, er muß vielmehr nicht minder dartun, daß aus seinen Äußerungen hervorging, daß er auf die ihm hieraus erwachsenen Rechte nicht verzichten wolle. Ein Verzicht auf Einreden wegen Mängel der Kaufsache liegt aber darin, wenn bei Grundstückskäufen der Käufer den Restkaufpreis im vollen Betrag eintragen läßt. Auch in anderen neuen Geschäften, die in Kenntnis der Mängel abgeschlossen werden, kann ein Verzicht auf die Mängeleinrede liegen, vor allem, wenn Wechsel behufs Erfüllung der Kaufgelderschuld ausgestellt werden.

Ist es also vielleicht theoretisch bedenklich, daß bei nichthandelsrechtlichen Käufen die Mängeleinrede noch in fernen Zeiten gegen den Kaufpreis erhoben werden kann, so treten doch die Schwierigkeiten, welche hieraus befürchtet werden, bei einigem Geschick in dem Abschlusse der Geschäfte und bei richtiger Beurteilung derselben durchaus zurück (138).

2. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, Festgabe d. jurist. Gesellschaft zu Berlin für Koch 115: Trotzdem aus der Mängelanzeige für den Empfänger klar hervorgehen muß, der Käufer behalte sich seine Rechte wegen des Mangels vor, ist sie nicht eine Willenserklärung, sondern bleibt eine tatsächliche Anzeige, deren rechtlicher Hintergrund nur deutlich gemacht wird. Ein Widerruf der Anzeige kann also auch seinerseits nicht den Charakter des Widerrufs einer Willenserklärung, sondern nur den eines Zugeständnisses der Unrichtigkeit der Anzeige haben. Ein solches — außergerichtlich abgelegtes — Geständnis kann aber nicht für verbindlich angesehen werden. Also muß man zu dem Ergebnisse kommen, daß eine zurückgenommene Mängelanzeige wiederhergestellt werden kann. Die Wiederherstellung muß jedoch vor Ablauf der Verjährung geschehen, um einrede-

erhaltend im Sinne von § 478 wirken zu können. Unter Umständen freilich ist auch anzuerkennen, daß die Zurücknahme der Mängelanzeige Ausdruck des Verzichtswillens in bezug auf die Mängelrechte ist; der Verzicht ist aber nur als vertragsmäßiger bindend (§ 397).

3. Die Gewährleistungseinrede stellt sich als ein in das Gesetz aufgenommener Fall der exceptio doli generalis dar. Schröder 72 ff.

Wenn der Verkäufer nach Abweisung der Kaufpreisklage auf Grund der Gewährleistungseinrede seine schon bewirkte Leistung zurückerhalten will, steht ihm hierzu nur eine condictio ob causam finitam zu. Schröder 76.

Dies Ergebnis entspricht den rechtspolitischen Grundgedanken der Gewährleistungsregelung im BGB., da es den Verkäufer indirekt zur Abgabe seiner Einverständniserklärung zwingt. Schröder 77.

§ 480. 1. Becher, R. **03** 98: Da im § 480 nur auf die für die Wandelung geltenden Vorschriften des § 474 verwiesen ist, kommt nur Abs. 2 des § 474 in Frage. In den Verweisungen des § 480 auf § 467 Satz 1 und § 474 ist eine Antinomie mithin nicht zu erblicken. Dagegen R. **03** 72.

2. Kipp, DJZ. **03** 255 glaubt mit Dernburg, daß die vertragsmäßige Haftung für Mängel der Ware im Falle des generischen Kaufes durch § 480 exklusiv geregelt werden sollte. Danach beschränkt sich die Schadensersatzpflicht auf die Fälle des arglistigen Verschweigens und des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft. Nur darf man in der Annahme einer stillschweigenden Zusicherung von Eigenschaften nicht zu ängstlich sein.

3. **RG.** R. **03** 78: Hat der Käufer die gelieferte mangelhafte Ware, der eine zugesicherte Eigenschaft fehlte, unverschuldet mit anderer Ware vermischt, und ist infolgedessen die Gesamtmenge wertlos geworden, so kann er den ihm hieraus erwachsenen Schaden liquidieren, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt.

§ 481. Darüber, daß beim Kaufe von Haustieren der im § 481 erwähnten Art wegen Vorliegens von Untugenden und Krankheiten eine Anfechtung gemäß § 119 nicht zulässig, der irrende Käufer vielmehr ausschließlich auf die Wandelung angewiesen ist, vgl. Breucha, oben Ziff. III 5 zu § 119.

§ 482. LG. Gießen, HessRspr. **3** 106 ff.: Tuberkulose Erkrankung eines Schlachttiers, dessen Fleisch vom Kreistierarzte für genießbar erklärt, aber als nicht ladenrein auf die Freibank verwiesen worden ist, hat als Hauptmangel zu gelten. Näheres über § 2 II der Kaiserl. VO. vom 27. März 1899 und die hessische Fleischbeschauung s. dortselbst.

§ 485. Schneider, Buschs Z. **31** 286: Die Anzeige des § 485 kann im Prozesse nicht vorgebracht werden, selbst wenn sie darin noch innerhalb der Gewährfrist gemacht werden könnte, weil diese Anzeige keine prozessuale Erklärung, kein prozessuales Verteidigungsmittel ist, zur Übermittelung beliebiger Mitteilungen aber das Prozeßverfahren nicht bestimmt ist und die Bevollmächtigung des gegnerischen Vertreters zu deren Entgegennahme nicht ausreicht. Auch steht noch dahin, welche Rechte — ob Wandelung oder Schadensersatz — auf die Anzeige gestützt werden sollen. Außerdem ist zu erwägen, daß das Gesetz schon selbst sie in gewissen prozessualen Formen ausdrücklich zuläßt (Klage, Streitverkündung, Antrag auf Sicherung des Beweises), aber an eine einredeweise Geltendmachung offenbar nicht denkt.

§ 488. 1. **RG.** Puchelts Z. **34** 15 ff.: Rückgewähr und Erstattung der Futterkosten sind nebeneinander gestellt als rechtliche Folgen der Wandelung, sie stehen in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Wandelungsanspruch, indem sie mit demselben stehen und fallen. Hiernach hat der Anspruch auf Futterkosten die Natur einer Nebenforderung. Der Futterkostenanspruch

bildet nicht eine eigentliche Schadensersatzforderung. Die Futterkosten sind Verwendungen auf den Kaufgegenstand, die ohne die Vorschrift des § 488 nach den §§ 347 und 994 BGB. zu ersetzen sein würde. Da der § 4 ZPO. nicht von Schadensersatzforderungen, sondern von Schäden spricht, so fallen die Futterkosten unter diesen Begriff und bleiben daher bei dem Streitwert außer Betracht (17). Dagegen meint das KG. (KGBl. **02** 105, daß die Futterkosten, die zu ersetzen seien, als ein Teil des auf Grund der Gewährleistungspflicht entstandenen Anspruchs nicht unter den Begriff der Schäden fallen. Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 3 zu § 4 ZPO.

2. OLG. Dresden, SächsA. **14** 105: Durch die Vorschrift des § 488 werden für die Wandelung weitergehende Ersatzansprüche als die daselbst erwähnten nicht ausgeschlossen (106).

§ 490. Abs. 3 (vgl. JDR. **1** Ziff. 4). Schneider, DJZ. **03** 100: Die Anzeige von Hauptmängeln nach Vorschrift des § 485 ersetzt nach § 490 Abs. 3 die allgemeine, d. h. die bei allen anderen Kaufgegenständen zugelassene Anzeige nach §§ 478, 479; auch jene des § 485 genügt, um das Recht auf Zahlungsweigerung oder Schadensaufrechnung über die Verjährungszeit hinaus zu erhalten. Die Fassung des § 490 Abs. 3 hat aber dadurch etwas Auffälliges und Störendes, daß in dessen zweitem Satze auf § 479 hingezeigt und dessen Anwendbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen ist, während im Satze 1 des § 478 nicht durch besondere Anführung gedacht wird. Man dürfte erwarten, daß Abs. 3 entweder beide Paragraphen oder aber keinen von ihnen in Bezug nähme; vgl. auch Neumann-Cottbus, ebenda 53.

§ 492. 1. a) Neumann-Cottbus, DJZ. **03** 53 macht darauf aufmerksam, daß es im Falle einer vertragsmäßig über die Hauptmängel hinaus, aber ohne Gewährfrist übernommener Fehlerhaftung infolge der Bezugnahme auf § 490 Abs. 3 im § 492 zur Erhaltung der Einreden keinerlei Anzeige bedürfe. Ebenso auch Schneider ebenda 100: Es ist jedoch kaum denkbar, daß alsdann wirklich ohne jede Anzeige, weder nach § 485, noch nach §§ 478, 479, die Einrederechte über die Verjährung ihrer entsprechenden Ansprüche hinaus aufrechterhalten blieben. Ein Grund für diese Besonderheit ließe sich schwerlich entdecken. Der arglose Verkäufer wäre noch nach langer Zeit der bösesten Überraschung preisgegeben. Eine Anzeige nach §§ 478, 479 ist unentbehrlich. Neumann will deshalb der Praxis mit einer ergänzenden Auslegung helfen und stellt für den Fall des § 492 Satz 1 ersten Teiles das Erfordernis der Anzeige auf.

b) Die gleichen Erwägungen stellt auch v. Blittersdorff, BadRpr. **68** 184 an und gelangt mit folgender Rechtfertigung zu demselben Ergebnisse: Nach § 492 kann der Käufer nur Wandelung verlangen und beträgt die Verjährungsfrist 6 Wochen statt 6 Monate (§ 491 verbunden mit §§ 487, 490, 477). Im übrigen aber gelten nach § 481 die allgemeinen Vorschriften vom Kaufe, also auch §§ 478 und 479. Diese letztere Vorschrift muß deshalb anwendbar sein, weil sie im § 490 Abs. 3 Schlußsatz nur deshalb ausgeschlossen wurde, weil für den dort unterstellten Fall schon die Fristbestimmung des § 485 gilt, also daneben nicht noch einmal § 479 gelten kann. Wo aber — wie hier — § 485 nicht anwendbar sein kann, weil es an einer gesetzlichen und an einer vereinbarten Gewährfrist fehlt, da muß trotz des entgegenstehenden Wortlauts § 479 wieder gelten.

c) Auch das LG. Mainz, HessRsp. **3** 163 teilt diese Bedenken gegen die wörtliche Auslegung des Gesetzes und will im Interesse des Verkäufers eine freiere Auslegung der §§ 490 und 492 dahin annehmen, daß auch im Falle der Nichtvereinbarung einer Gewährfrist die Aufrechnung des Anspruchs des Käufers auf Schadensersatz nach eingetretener Verjährung nur insofern zulässig ist, als

§ 479 es vorschreibt. Das Gesetz läßt eine solche freiere Auffassung auch zu, weil nur aus formellen Gründen die Fassung des § 490 (letzter Satz) gewählt worden ist, sachlich eigentlich das Gegenteil der Vorschrift gilt und die im § 492 vorgeschriebene Anwendung des § 490 nur eine entsprechende sein soll.

2. **RG.** SeuffA. **58** 8 ff.: Ob eine Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne einer vertraglich übernommenen Garantie oder eine nur bedeutungslose Anpreisung vorliegt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Gesundheit ist bei Haustieren nach den Anschauungen des Verkehrs eine Eigenschaft; sie ist von Bedeutung für die Wertschätzung des Tieres im Verkehr. In der Erklärung, daß die Pferde völlig gesund seien, kann die Zusicherung einer Eigenschaft erblickt werden (vgl. auch Schneider, R. **03** 523).

§ 493. **RG. 54** 165, JW. **03** Beil 57: Insoweit der Vergleich auf die entgeltliche Veräußerung einer Sache gerichtet ist, finden die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel Anwendung. Der Vergleich kann nur, insoweit er Veräußerungsgeschäft ist, rückgängig gemacht oder die Vergleichssumme gemindert werden.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. **RG.** Holdheims MSchr. **12** 182, R. **03** 17 Nr. 15: Der Kauf nach Probe oder Muster hat nur das Besondere, daß die Eigenschaften des Musters oder der Probe als zugesichert anzusehen sind. In welchem Sinne jedoch diese Zusicherung zu verstehen ist, ist eine auf Grund der Umstände des einzelnen Falles nach § 157 zu beurteilende Tatfrage. In manchen Fällen wird eine vollkommene Übereinstimmung der Ware mit dem Muster gemeint sein, in anderen kann sich aus den Umständen ergeben, daß nur eine annähernde Übereinstimmung vereinbart war.

2. Wiederkauf.

Literatur: Hahn, Der Wiederkauf. Berlin 1902.

Rechtliche Natur des Wiederkaufs. Hahn 24ff. erörtert die verschiedenen in der Literatur aufgestellten Theorien, so die gemeinrechtliche Vorvertragstheorie (25—28), die des Rücktrittsrechts (29), die des Einlösungsanspruchs (30—32), endlich die der Rückverkaufsofferte (32) und schließt sich der von Enneccerus vertretenen Auffassung an, daß der Wiederkaufsvorbehalt ein suspensiv bedingter Rückkauf sei, bedingt durch die Abgabe der Wiederkaufserklärung von seiten des Käufers (33). Eine Bestätigung dieser Theorie erblickt Hahn in verschiedenen positiven Bestimmungen des BGB.: Es spreche z. B. die aus § 503 sich ergebende Möglichkeit des zeitlichen Auseinanderfallens des Kaufvertrags und der Wiederkaufsvereinbarung für die Theorie eines aufschiebend bedingten Rückkaufs (44), ferner erkläre sich Satz 2 Abs. 1 des § 497 aus dieser Theorie, indem durch die einseitige Erklärung sich lediglich die Potestativbedingung erfülle, durch welche die Wirkung des bereits abgeschlossenen Rückkaufvertrags aufgeschoben sei (64, 71).

Form des Wiederkaufsvorbehalts. Hahn 49ff.: Der Wiederkaufsvorbehalt unterliegt nach dem BGB. denselben Formvorschriften wie jeder Kauf. Dies geht daraus hervor, daß es an einer abweichenden Bestimmung fehlt und per argumentum e contrario auch aus der Formbefreiung der Wiederkaufserklärung.

Ist ein Kauf- und Rückkaufvertrag über ein Grundstück formlos geschlossen worden, so genügt die mündliche Wiederkaufsklausel, wenn die Auflassung auf

Grund des Verkaufs an den Käufer geschehen ist. Da nämlich der Wiederkaufvertrag ein unselbständiger Vertrag ist, wird er regelmäßig der formheilenden Kraft der Auflassung unterworfen sein (52). Im Resultat ebenso Dernburg, BGB. II 2 99 (§ 198).

§§ 497ff. Wiederkaufsrecht nicht vormerkbar. Vormerkbar nur bedingt künftiger Rückauflassungsanspruch. Reichel, Jherings J. **46** 94ff.

IV. Tausch.

§ 515. Spieß, CBlFrG. 3 112ff.: Tausch liegt nicht vor bei den nach Art. 113 EG. z. BGB. landesrechtlich als besonderen Rechtsgeschäften zugelassenen preußischen Grundstückszusammenlegungen, obschon hier unter den beteiligten Grundeigentümern ein allgemeiner gegenseitiger Besitzwechsel stattfindet; s. die Bemerkungen zu §§ 752, 753.

Zweiter Titel.

Schenkung.

Vorbemerkung: Die „Schenkung" hat Theorie und Praxis auch in diesem Berichtsjahre nur wenig beschäftigt. Außer nicht besonders hervorzuhebenden Einzelheiten zu den verschiedenen Paragraphen ist nur auf den kurzen kritischen Überblick Eichhorns über die Schenkungsvorschriften des BGB. hinzuweisen.

Literatur: Cohn, Die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte n. gem. Rechte u. BGB. Marburger Inaug-Dissertation. Berlin 1903. — Eichhorn, Über Schenkungen. DJZ. **03** 433—436. — Köppen, Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen. Berlin 1901.

§ 516. 1. Dernburg, BGB. II 2, § 205 II 2 (119) nimmt an, daß die unentgeltliche Leistung von Diensten und die unentgeltliche Anfertigung von Arbeiten, aus denen man sonst eine ständige Einnahmequelle zieht, wenn sie nicht bloß gelegentlich, sondern regelmäßig dauernd geschah, eine Schenkung der Vergütung bildet, welche man zu erwarten hatte.

Lotmar, Arbeitsvertrag 87 Anm. 2, führt aus: Die unentgeltliche Zuwendung von Arbeit durch den Arbeiter sei zwar für den Empfänger eine Bereicherung, aber nach § 516 keine Schenkung, weil sie nicht aus dem Vermögen des ersteren herrührt, denn die Arbeit im Rechtssinne sei auch nach dem BGB. für ihren Verrichter kein Vermögensaufwand, was sich auch darin zeige, daß das BGB. als Aufwendungen nur die Vermögensaufwendungen betrachte und zu den Aufwendungen einer Person nicht deren Arbeit rechne (86). Nähere Begründung dieses Satzes a. a. O. 82—88.

2. Anfechtung von Schenkungen wegen Irrtums. Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften 68ff.: Bei der Schenkungsannahme wird das Anfechtungsrecht des § 119 Abs. 2 nicht in Betracht kommen, wohl aber zugunsten des irrenden Schenkers. Nach dem Gesetz ist aber auch hier nur der Irrtum über solche Eigenschaften zu berücksichtigen, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Der Schenker kann daher die Schenkung nicht anfechten, wenn die Eigenschaft, deren Kenntnis ihn angeblich von der Schenkung abgehalten haben würde, eine solche ist, die nur für ihn wesentlich. Hier wäre aber die Berücksichtigung auch ganz individueller Affektionsinteressen des Schenkers am Platze (71).

Gleicher Ansicht bereits Lenel, Jherings J. **44** 24ff.: Bei den Schenkungen sieht der Verkehr jede Eigenschaft als wesentlich an, die bei verständiger Würdigung des Falles der einzelne Schenker (oder Beschenkte) als wesentlich ansehen muß.

Mit anderen Worten: Das beschränkende Kriterium, das § 119 Abs. 2 den in Abs. 1 aufgestellten Erfordernissen der Anfechtung hinzufügt, ist bei der Schenkung bedeutungslos. Dies gilt nicht bloß für die Eigenschaften der Sache, sondern ebenso auch für die der beschenkten Person (25, 26).

3. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 103, nimmt mit Planck und Oertmann an, daß, wenn dem auftraglosen Geschäftsführer die Absicht, Ersatz zu verlangen, fehlt (§ 685), das Verhältnis sich als Schenkung darstellt, so daß § 516 Abs. 1 sowohl als auch Abs. 2, eventuell § 530 Anwendung finden müsse.

4. Abs. 2. Diese Vorschrift ist eine Neuerung, die ganz unzweckmäßig erscheint und die Vertragsnatur des Schenkungsakts unnütz auf die Spitze treibt. Eichhorn a. a. O. 133, 136.

5. Köppen a. a. O. 68: Das BGB. enthält eine positive Vorschrift über die negotia mixta cum donatione nicht. Wenn bei einem zweiseitigen Vertrag animo donandi eine den Wert der Gegenleistung übersteigende Leistung vereinbart wird, so ist dieser Vertrag, soweit der Wert der Leistung den der Gegenleistung übersteigt, als Schenkung zu beurteilen (so Motive II 287). Nicht aber ist das objektive Wertverhältnis für das Maß der im negotium mixtum cum donatione enthaltenen Schenkung entscheidend, sondern die Parteiauffassung, indem nur der Wert als Objekt der Schenkung aufzufassen und rechtlich zu behandeln ist, um den nach Ansicht und Willen der Parteien der liberale Teil den Geschäftsgegner bereichert. Erst aushilfsweise ist auf das objektive, d. h. verkehrsmäßige Wertverhältnis als stillschweigend angenommen zurückzugreifen (69). Bei denjenigen negotia mixta cum donatione, bei denen entgeltliches Geschäft und Schenkung getrennt werden können, ist das entgeltliche Geschäft nach seinen spezifischen Regeln, z. B. in Ansehung der Haftung für physische und Rechtsmängel, die Schenkung nach ihren spezifischen Regeln zu beurteilen (71).

6. **RG. 54** 282, JW. **03** Beil. 87: Die Frage, ob in der Sicherheitsleistung durch einen Dritten eine Schenkung liegen kann, ist nicht unbestritten, wird aber nicht unbedingt zu verneinen sein, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Schenkung gegeben sind (284).

RG. CBlFrG. **4** 336 (R. **03** 605 Nr. 3072): Die Übernahme einer Bürgschaft für einen zahlungsunfähigen Schuldner enthält keine Schenkung, wenn der Gläubiger Stundung bewilligt.

BayrObLG., R. **03** 339 Nr. 1821: Erkennt in dem Streite über einen Nachlaß ein Erbe zum Zwecke der Teilung dem anderen Erben gegenüber an, daß eine bis dahin von ihm in Anspruch genommene Forderung zum Nachlasse gehöre, so liegt hierin keine Schenkung.

§ 518. 1. David, R. **03** 356: Die in der kumulativen Schuldübernahme unter Umständen liegende Schenkung ist mit der Abgabe der Schuldübernahmeerklärung vollzogen. Die gegenteilige Ansicht kann sich nicht auf Abs. 1 Satz 2 des § 518 stützen, weil die Schuldübernahme nicht ohne weiteres als ein abstraktes Schuldversprechen angesehen werden darf. Deshalb erscheint eine Ausdehnung der Vorschrift im § 518 Abs. 1 Satz 2 auf die Begründung eines Schuldverhältnisses wie die Bürgschaft oder die kumulative Schuldübernahme nicht gerechtfertigt. Vgl. o. zu § 414 Note 4 zu I b unter α.

2. Köppen a. a. O. 71: Wenn bei einem negotium mixtum cum donatione die Schenkung in einer Quote einer vom Schenker auf Grund des entgeltlichen Geschäfts versprochenen Sachleistung besteht, ist das ganze Geschäft der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung zu unterwerfen. Tritt aber als Gegenstand der Schenkung eine Geldsumme auf, welche über den Wert der Gegenleistung hinaus von dem Schenkgeber in unverständlich liberaler Absicht gezahlt wird, so ist einfach das Versprechen dieser Zahlung gerichtlich oder notariell

zu beurkunden. — Wenn die Formvorschrift des § 518 gegenüber dem im negotium mixtum cum donatione steckenden Schenkungsversprechen verabsäumt worden ist, dann zieht die Nichtigkeit des Schenkungsversprechens im Zweifel die des ganzen Geschäfts nach sich (72).

3. Abs. 2. Kah, BadAnn. **99** 299: Auch die durch constitutum possessorium vollzogene Schenkung heilt den Mangel der Form des obligatorischen Schenkungsversprechens. Ebenso Leske 218 Anm. 1: Zur Vollziehung gehört, daß diejenigen Erfordernisse erfüllt sind, welche der zur Verschaffung der Vermögenszuwendung notwendige dingliche Vertrag erheischt. — Zur Perfektion der Schenkung einer Hypothek bedarf es nicht der Übergabe der Schuldurkunde. Anm. 3 a. a. O.

4. OLG. Dresden, SächsA. **13** 628 ff.: In der Erklärung: „Das Sparkassenbuch schenke ich dir, du kannst es behalten, es ist dein," ist, besonders wenn sich das Buch nicht in den Händen des Versprechensempfängers befindet, nur ein Schenkungsversprechen, nicht aber der Vollzug einer Schenkung zu erblicken. Daher die Form des § 518 erforderlich.

OLG. Colmar, DJZ. **03** 348: In der Übergabe eines Sparkassenbuchs kann die Abtretung der Forderung an die Sparkasse erblickt werden; die Abtretung bedarf der schriftlichen Form auch dann nicht, wenn sie in freigebiger Absicht erfolgte, da diese nur für das Schenkungsversprechen, nicht für die sofort vollzogene Schenkung gilt.

§ 519. 1. Köppen a. a. O. 73: Das Verweigerungsrecht des § 519 steht auch dem im negotium mixtum cum donatione als Schenker Auftretenden in Ansehung des ein Schenkungsversprechen enthaltenden Teiles des Geschäfts zu. Der Geschäftsgegner kann in solchem Falle nur auf Erfüllung des als entgeltlich zu charakterisierenden Teiles des Geschäfts bestehen. Der das Verweigerungsrecht bezüglich des Schenkungsversprechens Ausübende kann aber mit Rücksicht auf § 157 auf der Erfüllung des entgeltlichen Geschäftsteils nicht bestehen.

2. Langheineken a. a. O. 275 f.: Die Einrede der Rechtswohltat des Notbedarfes ist eine standhafte Einrede, da man weder sagen kann, daß sich eine spätere Verbesserung der Vermögenslage des Schenkers nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erwarten lasse, noch daß es an dem Beschenkten sei, den einredeerzeugenden Tatbestand zu paralysieren. Es ist sonach der Beschenkte nicht für berechtigt zu erachten, den Schenker, der wieder zur Wohlhabenheit gelangt ist, aber die Schenkung nicht erneuern will, zur Leistung des Versprechens anzuhalten. Über die verschiedene Charakterisierung dieser Einrede in der Literatur s. 275 Anm. 1.

3. Die Bedürftigkeitseinrede des § 519 steht dem Bürgen des Schenkers nicht zu. Siber, Rechtszwang 235.

§ 521. Bei dem § 521 ist seiner Stellung nach nur an ein Schenkungsversprechen gedacht, die Allgemeinheit des Satzes läßt aber die Deutung zu, daß auch der Fall, wo jemand vorsätzlich eine schädliche Sache verschenkt, mitgetroffen sein soll. Die Vorschrift ist rein theoretisch. Eichhorn a. a. O. 435.

§§ 522—524. Eichhorn a. a. O. 435 f.: Die Vorschrift des § 522 ist zu entbehren; die Bestimmungen der §§ 523, 524 gehen zu weit, so scharfsinnig sie auch sein mögen.

§ 523. 1. Abs. 1. Cohn, Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte nach gem. Rechte u. BGB., Per argumentum e contrario ist zu entnehmen:

a) daß sonst eine Haftung des Schenkers für Rechtsmängel nicht stattfindet, also auch § 307 von der Anwendung ausgeschlossen ist;

b) daß auch unter den angegebenen Voraussetzungen weder Beseitigung des Rechtsmangels noch das Erfüllungsinteresse verlangt werden kann.

Der Umfang des Ersatzes ist gleich dem negativen Vertragsinteresse, wenn die Arglist mit dem Vertragsschluß anhebt, sonst geringer. Das Höchstmaß ist nach Analogie der §§ 122 u. 307 Abs. 1 zu beschränken.

Arglistiges Verschweigen liegt vor, wenn der Schenker den Rechtsmangel in dem Bewußtsein verschweigt, daß durch die Schenkung für den Beschenkten Nachteile entstehen werden oder können. (Vgl. Endemann, Lehrbuch (7) 744 Anm. 1.) Schädigungsvorsatz ist ausreichend, Absicht nicht erforderlich. Ob sich der Vorsatz auf materiellen oder immateriellen Schaden bezieht, ist gleichgültig.

Bloße Unterlassung der Mitteilung von Rechtsmängeln, welche der Schenker zwischen dem Abschluß des Schenkungsvertrags und der Übergabe erfährt, kann arglistiges Verschweigen sein, da durch den Schenkungsvertrag die Pflicht zur Mitteilung schadenbringender Rechtsmängel als übernommen anzusehen ist.

2. Abs. 2. Cohn a. a. O. 59 ff.: Durch die Gewährung des Anspruchs auf Schadensersatz soll der Erfüllungsanspruch, der zunächst auf die Beschaffung des vollen Rechtes geht, nicht ausgeschlossen werden. (Staudinger, Anm. 2 b zu § 523; Planck, Anm. 1b zu § 523). Für den Ersatzanspruch, der erst subsidiär eintritt, bleiben die allgemeinen Bestimmungen der §§ 280, 283, 286 Abs. 2 maßgebend. Nicht nur der subsidiäre Ersatzanspruch, sondern auch der primäre Erfüllungsanspruch ist nur unter den im Paragraphen aufgestellten subjektiven Bedingungen gegeben. Dies ergibt sich trotz des zweifelerregenden Wortlauts aus den Protokollen. (Vgl. Planck u. Staudinger a. a. O.) Die entgegengesetzte Ansicht Oertmanns, daß der Erfüllungsanspruch selbst nicht beschränkt werde (Anm. 2c Abs. 3 und Anm. 3 Abs. 1 u. 2 zu § 523), ergibt unmögliche Resultate.

Ist der Schenkungsgegenstand der Gattung nach bestimmt, so ist nach entdecktem Rechtsmangel des übergebenen Gegenstandes Erfüllung zu verlangen, als wenn überhaupt nichts zur Erfüllung geschehen wäre. Noch immer wird ein Gegenstand des betr. Genus geschuldet. Denn die Übergabe bewirkt keine Konzentration des Schuldverhältnisses. Die Gegenansicht kann sich nicht stützen auf § 243 Abs. 2. Unter dem hier gebrauchten Ausdrucke „Leistung" ist Erfüllung zu verstehen, zur Erfüllung gehört aber die Beschaffung des vollen Rechtes. (Iheringsche Theorie für das gem. Recht, anders Prot. 28.)

Auch die §§ 433, 434 stehen unserer Ansicht nicht entgegen. Sie beziehen sich nur auf den Spezieskauf (auf den Genuskauf höchstens durch Analogie). Sonst könnte § 434 z. B. nicht von „dem verkauften Gegenstande" sprechen. (A. M. Kipp, Windscheid (8) II 637 Note 5 für den Kauf, Enneccerus-Lehmann I 560 II c für die Schenkung.)

Bei der Anwendung des § 523 Abs. 2 ist darauf zu achten, daß dem Schenker nur ein nach Treu und Glauben zu bestimmendes Maß von Anstrengung zugemutet werden darf, um Schwierigkeiten, die dem Erwerbe des vollen Rechtes sich unerwartet entgegenstellen, zu beseitigen. Dies ergibt sich aus unserer Auffassung der Begriffe „Unmöglichkeit" und „Unvermögen" im § 275. Ihre Abgrenzung gegeneinander ist für jede Obligationsart nach Maßgabe der Größe ihrer Verpflichtungskraft besonders zu bestimmen. (Vgl. Ubbelohde, A.zivPr. **85** 120 ff.; Kleineidam, Unmöglichkeit u. Unvermögen; Kuhlenbeck, JW. **27** 134; Biermann, A.zivPr. **91** 99.)

§ 526. Satz 1. Die hier dem Beschenkten verliehene Einrede gegen den Anspruch des Schenkers auf Vollziehung der Auflage gehört zu den dilatorischen Einreden. Dies folgt daraus, daß der Schenker sie durch Ausgleichung des Fehlbetrags gegenstandslos machen kann; auch spricht die Fassung der Vorschrift

„bis" für die Richtigkeit dieser Annahme. Langheineken, Anspruch u. Einrede 274. Vgl. auch hierüber Hellwig, JDR. **1** zu § 526.

§§ 525—527. Die Schenkung unter einer Auflage ist dem praktischen Leben fremd; die kasuistischen §§ 526 und 527 wären nicht nötig gewesen. Eichhorn a. a. O. 435.

§ 530. **RG. 54** 107, JW. **03** Beil. 49: Durch die Vorschriften des Art. 15 preuß. AG. ist der Widerruf einer in der Grundstücksüberlassung liegenden Schenkung durch den Altenteilsberechtigten gemäß § 530 nicht ausgeschlossen.

§ 532. Die Vergütung ist nicht Willenserklärung, sondern Gefühlsäußerung. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 197 ff.

§ 534. 1. Eichhorn a. a. O. 434: Diese scheinbar harmlose Vorschrift des § 534 bricht allen vorangehenden Vorschriften über Rückforderung und Widerruf die Spitze ab. Da fast alle Schenkungen solche sind, durch die der Geber einer „sittlichen Pflicht" zu entsprechen sucht, und selbst solche Schenkungen, die in der Unsittlichkeit ihren Grund haben, im Sinne des Schenkers gewöhnlich durch „Anstandspflichten" geboten waren, werden durch § 534 eigentlich alle Vorschriften über die Rechtswirkungen der Schenkung illusorisch gemacht (436).

2. Siber, Rechtszwang 50 ff.: Die Bestimmung des § 534 betrifft, anders als §§ 222 Abs. 2, 814, den Fall, daß mit Wissen um das Nichtbestehen einer Forderung geleistet ist, und schließt darum nur die Rückforderung gemäß §§ 528, 530, nicht die condictio indebiti aus.

Dritter Titel.

Miete. Pacht.

I. Miete.

Vorbemerkung: Von allgemeinen, das Mietrecht betreffenden literarischen Erscheinungen ist nur die kleine Schrift Beers hervorzuheben, die aus einer Reihe von Vorträgen hervorgegangen ist, die vor einem Kreise von Nichtjuristen gehalten wurden. Von Einzelfragen hat die praktisch äußerst wichtige des vertragsmäßigen Sperrrechtes die Theorie noch eingehender als in den Vorjahren beschäftigt (s. Ziff. III zu § 559), auch die Ausführungen v. Brünnecks über den § 572 sind hier zu erwähnen (s. Ziff. 1 zu § 572). Der Streit, ob die Miete ein dingliches Recht ist, hat im JDR. **1** Ziff. 1 zu § 571 eingehende Berücksichtigung gefunden, hier sind nur die Darlegungen Hesses nachträglich aufgenommen worden. Sowohl der Theorie wie der Praxis hat der § 570 (Kündigungsrecht des Beamten) mehrfach Veranlassung zu Ausführungen gegeben. Es scheint auf Seiten der Vermieter die Neigung Platz zu greifen, diese ihnen unbequeme Vorschrift durch vertragliche Abmachungen auszuschließen. Die Frage, ob sich § 573 auch auf die im Wege der Zwangsvollstreckung ergehenden Verfügungen bezieht, hat auch im Berichtsjahre wiederum eine Reihe sich diametral gegenüberstehender Oberlandesgerichtsentscheidungen hervorgerufen. Das Reichsgericht hat wie in so vielen anderen das Mietrecht betreffenden Fragen aus Zuständigkeitsgründen und weil die Mietstreitigkeiten nur selten die Revisionssumme erreichen, keine Gelegenheit gehabt, seine Ansicht in diesem Punkte kundzutun.

Literatur: Beer, Das Recht der Wohnungsmiete. Vier Vorträge. Leipzig 1903. — Hesse, Rechtliche Natur der Miete im BGB. Breslau 1902. — (S. auch zu §§ 559 ff.)

§ 535. 1. Sachmiete und ähnliche Verträge.

a) Der Schrankfachvertrag (vgl. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 535, Ziff. 2 zu § 865). Verwahrung in gemieteten Stahlkammern (safe, coffre, fort) ist eine Verbindung von Verwahrungsvertrag und Sachmiete. Dies ist von Wichtigkeit besonders bei der Zwangsvollstreckung in solchergestalt verwahrte Gegenstände. Ausführliche Erörterung hierüber bei Bondi, SächsA. **13** 8 ff. (Ein Auszug dieser Abhandlung ist in Holdheims MSchr. **12** 173 ff. wiedergegeben.)

Ähnlich auch Wettstein, Das Kassenschrankfachgeschäft: Der obwaltende wirtschaftliche Zweck und die rückwärts in der Entwickelung genau zu verfolgende Willensrichtung der Parteien lassen das Schrankfachgeschäft als einen Verwahrungsvertrag erscheinen (43 ff., 55, 121). Außerdem sind aber unleugbar Elemente der Miete mit ihm kombiniert, so daß der Schrankfachvertrag besteht aus zwei miteinander untrennbar verbundenen Gebilden, nämlich der Hauptabrede der Verwahrung und dem Nebenverhältnisse der Miete (46 ff., 122). Über das Retentionsrecht und Pfandrecht der Bank an dem Fachinhalte 94--120 a. a. O. Über die Frage, wer Besitz an dem Inhalte des Schrankfachs hat, s. u. zu § 865.

Vom Standpunkte des österreichischen Rechtes aus untersucht Ratzenhofer, ÖstAGZ. **03** 363 ff. die juristische Natur des Safe-Depot-Vertrags. Er hält den Schutz der Wertpapiere für den eigentlichen Gegenstand des Vertrags und erblickt deshalb im Safe-Depot einen Verwahrungsvertrag (364).

b) Sachmiete oder Dienstmiete. BayObLG. **4** 316 ff. handelt eingehend über die rechtliche Beurteilung von Verträgen, durch welche der Eigentümer einer Wirtschaft deren Betrieb durch andere Personen in der Weise ausüben läßt, daß diese für ihn die Wirtschaft gegen das sog. Zapfgeld und die Benutzung der Wohnräume ausüben und ihm für den Hektoliter ausgeschänkten Bieres einen bestimmten Betrag abliefern.

2. Rechtsprechung.

a) Über einen Mietvertrag, der die Überlassung dreier Felder eines Theatervorhanges mit einer darauf geschriebenen Anzeige auf ein Spieljahr zum Gegenstande hat, handelt OLG. **7** 462 (Dresden).

b) OLG. Marienwerder, SeuffA. **58** 315, PosMschr. **03** 38: Gewährt der Eigentümer einer Dreschmaschine dieselbe einem anderen zur zeitweisen Benutzung gegen eine nach der Zeit der Benutzung bemessene Geldzahlung, so liegt Sachmiete vor, ohne daß das Rechtsverhältnis dadurch eine Änderung erleidet, daß der Eigentümer dem Mieter einen Maschinisten und einen Heizer zur technischen Inbetriebsetzung der Maschine stellt. S. auch u. zu § 631 unter „gemischte Vertragsbeziehungen".

c) **RG. 54** 233, JW. **03** Beil. 70, SeuffA. **58** 450 ff.: Das Mietrecht ist der Eintragung nicht fähig, auch wenn dieselbe vereinbart worden ist. Eintragung möglich, wenn wirkliches dingliches Wohnungsrecht vereinbart ist.

d) OLG. **7** 16 (Kiel): Beweislast über die Mietdauer. Der Kläger, der die Räumung der Mietwohnung zu einem bestimmten Termine verlangt, ist für die von ihm behauptete Vertragsdauer beweispflichtig, da er die Beendigung des Mietverhältnisses nachzuweisen hat. Die Beweisfrage ist ebenso zu entscheiden, wenn der Vermieter den Anspruch auf Herausgabe der Mietsache auf sein Eigentum stützt; s. hierüber a. a. O. 17.

§ 536. 1. Leske 227 Anm. 7: Die Frage, ob der Mieter einen Anspruch auf Wiederherstellung der durch Zufall untergegangenen Sache hat, wird in der Regel zu verneinen und nur dann zu bejahen sein, wenn sich die Wiederherstellung unter Wahrung der Identität der Sache ermöglichen läßt (Prot. II 1860).

2. Aus der Praxis.

a) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 643 ff., SächsA. **13** 356 ff.: Bei städtischen Grundstücken, die einer Mehrzahl von Mietparteien zur Benutzung überlassen sind, ist der Vermieter ohne Rücksicht darauf, ob er in dem Grundstücke wohnt oder nicht, als verpflichtet anzusehen, die Reinigung von Einfahrten, Höfen und ähnlichen der gemeinsamen Benutzung der Hausbewohner dienenden Grundstücksteilen durch von ihm zu bestellende geeignete Personen ausführen zu lassen, auch, sofern eine Beleuchtung geboten erscheint, diese zu beschaffen. Die Beseitigung

der Glätte am Eingange des Hofes eines Grundstücks kann als eine Maßnahme anzusehen sein, die erforderlich ist, um das Grundstück in einem für den Gebrauch der Mieter geeignetem Zustande zu erhalten, wenn die Eisbildung die Brauchbarkeit eines Teiles des Hofes beeinträchtigt, indem die dort verkehrenden Personen der Gefahr ausgesetzt sind, verletzt zu werden, und wenn diese Unbrauchbarkeit nicht nur die Folge eines nach der Natur der Sache ganz vorübergehenden Zustandes ist (646).

b) LG. Posen, PosMschr. **03** 73: Der Vermieter eines Restaurants ist dem Mieter gegenüber verpflichtet, eine diesem während der Mietzeit von der Polizei anbefohlene bauliche Anlage herzustellen. Der säumige Vermieter ist zum Schadensersatze verpflichtet.

c) OLG. Dresden, SeuffA. **58** 54 ff.: Der Vermieter haftet für ein Verschulden seines Erfüllungsvertreters nur gegenüber dem Mieter, nicht gegenüber dessen Familienangehörigen. Der Hausvater hat bei Begründung eines Mietverhältnisses, wenn er auch hierbei zugleich im Interesse der zu seinem Hausstande gehörigen Familienglieder handelt, nicht die Absicht, diesen auch ein selbständiges Vertragsrecht gegen den Vermieter zu verschaffen (55). (Näheres s. o. Ziff. 9c zu § 278.)

§ 537. a) OLG. **7** 467 (Kassel): Der Schadensersatzanspruch aus § 538 verhält sich zu den Rechten aus § 537 wie ein Mehr zu einem Minder. Die hier stattfindende Wahl untersteht nicht den Vorschriften über Wahlobligationen, sondern den für relative Klagenkonkurrenz geltenden Grundsätzen, bei welcher Unzulässigkeit der Änderung nicht schon mit der Klagerhebung oder einredeweisen Geltendmachung im Prozesse, sondern erst mit der Befriedigung oder wenigstens der Erlangung einer für den Wahlberechtigten günstigen Entscheidung eintritt.

b) OLG. Braunschweig, SeuffA. **58** 97 ff.: Eine Wohnung ohne Wasserleitung genügt nicht für den vertragsmäßigen Gebrauch, wenn der Vermieter sich verpflichtet hatte, eine solche einzuführen. Der nach § 537 gewährten Rechte aber geht der Mieter verlustig, wenn er die mangelhafte Sache ohne Vorbehalt annimmt (§§ 539, 464).

§ 538. KGBl. **03** 100 (KG.): Die für die Fertigstellung der Mieträume bis zu einem bestimmten Zeitpunkte versprochene Vertragsstrafe gilt als verwirkt, auch wenn die Fertigstellung ohne Verschulden des Vermieters verzögert ist. Denn schon bei Abschluß eines gewöhnlichen, nicht unter Strafabrede geschlossenen Mietvertrags würde der Vermieter verpflichtet gewesen sein, einen beim Vertragsschlusse vorhandenen Mangel ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden auf Grund stillschweigender Garantieübernahme nach § 538 zu vertreten (vgl. **RG. 52** 172 ff., JDR. **1** Ziff. 3). Wird diese Vertragspflicht unter Strafabrede gestellt, so soll offenbar die Verpflichtung in demselben Umfang und nicht in abgeschwächter Form durch die Strafe gesichert werden (vgl. auch o. Ziff. 4 zu § 339). — (S. auch oben Ziff. a zu § 537).

§ 539. OLG. Karlsruhe, DJZ. **03** 132: Stillschweigende Erneuerung des Mietvertrags mit Kenntnis etwaiger Fehler bedeutet Verzicht auf deren Geltendmachung.

§ 542. 1. Verhältnis des § 542 zu § 325.

a) Kisch, KrVSchr. **44** 560 ff.: Neben der Kündigungsbefugnis aus § 542 kann der Mieter ein Rücktrittsrecht gemäß § 325 haben. Im § 542 nämlich beruht die Aufhebung des Vertragsverhältnisses auf der bloßen Tatsache der Nichtleistung, nach § 325 aber auf der Unmöglichkeit der Erfüllung. Dort ist die Wirkung eine Auflösung der obligatorischen Beziehung für die Zukunft, hier Rückgängigmachung auch für die Vergangenheit. Das Verhältnis des § 542 zu den Unmöglichkeitsgrundsätzen ist so aufzufassen, daß die letzteren durch jene

Vorschriften eine Erweiterung erfahren. Dem Gläubiger soll nämlich, wenn er den Vertrag für die Zukunft aufheben will, der Beweis der nachträglichen Unmöglichkeit erspart werden.

b) A. M. Titze, Unmöglichkeit 286 und KrVSchr. **45** 379. Die Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters gewährt dem Mieter kein Rücktrittsrecht im Sinne der §§ 325, 327, sondern das Recht, nach § 542 das Mietverhältnis „ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen". Das Rücktrittsrecht des § 325 geht also in diesem Kündigungsrechte restlos auf (vgl. auch o. Ziff. 1 b zu § 325).

2. Einen Schadensersatzanspruch aus dem Kontrakte selbst hat der Mieter nach Kisch a. a. O. 562 nicht, weil das BGB. prinzipiell neben der Aufhebung des Vertrags Entschädigungsrechte versagt. Nur ganz vereinzelt kommen ausdrücklich hervorgehobene Ausnahmen vor, z. B. § 467 Satz 2. Vgl. über diese beiden Fragen, Schöller und Tumpowski, IDR. **1** Ziff. 2.

3. **RG.** JW. **03** 35 Nr. 49: Die Bereithaltung des Miet- oder Pachtgegenstandes ist Vorleistung. Hat der Vermieter dem Mieter die Benutzung der Sache dadurch entzogen, daß sie durch sein Verschulden unbrauchbar geworden ist, so ist es gemäß der Natur der Vorleistungspflicht seine Sache, den Vertragsgegner von der Instandsetzung in Kenntnis zu setzen und ihm die Wiedereinräumung der Benutzung anzubieten (nach ALR entschieden).

§ 544. 1. OLG. Jena, R. **03** 42 Nr. 176: Für die Frage, ob die Benutzung einer Wohnung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, sind nicht allein die subjektiven Verhältnisse des jeweiligen Mieters, sondern auch die objektive Beschaffenheit der Wohnung zu berücksichtigen. (Über den Begriff der Erheblichkeit vgl. besonders IDR. **1** Ziff. 1 zu § 544).

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 253/254: Voraussetzung ist, daß die Gefahr für die Gesundheit eine naheliegende, objektive ist, die durch die Beschaffenheit der Wohnung, nicht durch subjektive Verhältnisse des Mieters begründet wird. (Ebenso **RG. 51** 211 ff., vgl. IDR. **1** Ziff. 3 zu § 544.)

§ 547. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 77: Den §§ 547 (581), 601, 1049, 1216 liegt überall das gleiche Bestreben des Gesetzgebers zugrunde; er will dem Leistenden für gewisse Verwendungen einen unbedingten Ersatzanspruch gewähren und erachtet es deshalb für geboten, zu betonen, daß bezüglich anderer Verwendungen die Grundsätze der auftraglosen Geschäftsführung heranzuziehen seien.

§ 548. OLG. **7** 11 (KG.), SeuffA. **58** 438: Ein Hotelwirt muß die Gefahr, die für ihn damit verbunden ist, daß ein Gast während des Aufenthalts im Hotelzimmer vom Tode ereilt wird, selbst tragen. Nicht kann die Auffassung Platz greifen, als habe der Verstorbene einen übermäßigen Gebrauch von der Mietsache gemacht (§ 548); denn daß der Mieter während des vertragsmäßig stattgehabten Aufenthalts im Hotelzimmer dort plötzlich vom Tode ereilt wurde, kann in keiner Weise als Gebrauch des Zimmers zu diesem „exzessiven" Zwecke erachtet werden. Ebensowenig läßt sich die Haftpflicht aus einer Eigenart des zwischen Hotelwirt und Gast bestehenden Mietvertrags herleiten.

Dagegen will Liebmann, DIZ. **03** 25 ff. gemäß § 242 einen stillschweigenden Vertrag zwischen Gast und Gastwirt annehmen, nach welchem der Gast sich für den Fall seines Todes zum Ersatz insoweit verpflichtet, als die gehinderte Benutzung von Bett und Zimmer notwendig machen (26). S. auch o. Ziff. 4 a zu § 242.

§ 549. 1. Beer, Wohnungsmiete 48: Auf das dem Mieter im Abs. 1 Satz 2 gewährte Recht zur vorzeitigen Kündigung kann der Mieter von vornherein verzichten. Zulässig ist auch, daß die Erlaubnis der Untervermietung auf ganz bestimmte Personen beschränkt wird, oder daß einzelne Personen oder Per-

sonenkreise von vornherein als Untermieter ausgeschlossen werden. Daher ist im Mietvertrag eine Bestimmung möglich, wie folgt: „An Herren, welche ‚ungeniert' wohnen und Damen bei sich aufnehmen, darf nicht vermietet werden". Kämen nur Personen der gedachten Art als Untermieter in Frage, so brauchte der Vermieter nicht mehr besonders die Triftigkeit der Erlaubnisverweigerung nachzuweisen.

2. Die Erlaubnis des Vermieters zur Überlassung des Gebrauchs an einen anderen ist nicht, wie man allgemein annimmt, ein einseitiges Rechtsgeschäft, sie kann vielmehr wegen § 305 nur durch Vertrag erfolgen. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 170 f.

3. Rechtsprechung:

LG. I Berlin, KGBl. **03** 47: Der Mieter, dem das Abvermieten möblierter Zimmer gestattet worden ist, hat das Recht, Mietzettel am Hause anzubringen.

OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 123 f.: Die Vorschrift, daß der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters „nicht berechtigt" sei, den Gebrauch der vermieteten Sache einem Dritten zu überlassen, beeinflußt die Gültigkeit des Vertrags zwischen dem Mieter und dem Dritten nicht.

§ 550. 1. Der Mieter haftet bei vertragswidrigem Gebrauche der Sache — dahin gehört auch die Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten ohne Erlaubnis des Vermieters (§ 549) — für allen, auch den zufälligen Schaden, der ohne die Vertragswidrigkeit nicht eingetreten wäre (Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens). Neumann, Prolegomena 95; vgl. auch u. zu § 823.

2. OLG. Karlsruhe, DJZ. **03** 252: Der Mieter, der eine gesetzwidrige Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks verursacht, ist der richtige Beklagte für eine Klage aus §§ 906, 1004. Mit ihm und neben ihm kann aber auch sein Vermieter verklagt werden, weil es dessen Sache ist, den Mieter durch Abmahnung und nötigenfalls durch Klage (§ 550) oder Kündigung zur Unterlassung der Störung anzuhalten und weil er mangels solchen Einschreitens Teilnehmer der Störung ist.

§ 551. De Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 66: Der Ortsgebrauch ist bei Mietverträgen lediglich nach § 157 zu berücksichtigen, d. h. falls die Parteien sich demselben ausdrücklich oder stillschweigend unterwerfen wollten; denn wie die Verkehrs- ist auch die Ortssitte keine selbständige Rechtsnorm, die durch ihr bloßes Bestehen Treu und Glauben niemals gänzlich paralysieren darf. War, was freilich selten, die Ortssitte beiden Teilen unbekannt, kommt sie überhaupt nicht in Betracht, war sie bloß dem einen unbekannt, wird § 157 im Zweifel zu ihrer Anwendung führen, falls nämlich Vermieter beim Mieter die Kenntnis derselben voraussetzen durfte.

§ 552. 1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 222: Solange der Mieter das Gebrauchsrecht nicht ausüben will, genügt der Vermieter seiner Vertragspflicht, auch wenn er selbst die Sache benutzt bzw. die Benutzung einem Dritten überläßt, sofern er nur imstande bleibt, dem Mieter jederzeit den Gebrauch zu gewähren.

2. Satz 3. Mittelstein, DJZ. **03** 447: Satz 3 des § 552 trifft nicht schon jede tatsächliche Gebrauchsüberlassung, sondern nur eine solche, infolge deren der Vermieter außerstande ist, dem Mieter den Gebrauch zu gewähren. Hierzu ist er aber imstande, wenn ein Dritter die Mietsache nur auf sofortigen Widerruf erhalten hat. Satz 3 ist seinem Wortlaute nach nur insofern zu eng, daß er den Fall der Selbstbenutzung unerwähnt läßt. Auf diesen Fall den Satz 2 einzuschränken, besteht kein Grund (vgl. auch Martinius, ebenda 426).

§ 553. OLG. Karlsruhe, R. **03** 17 Nr. 19: Der Vermieter, der von seinem Kündigungsrechte nach § 553 Gebrauch macht, kann von dem Mieter, der in objektiv vertragswidriger und subjektiv rechtswidriger Weise seine Vertragspflichten verletzt hat, Schadensersatz verlangen.

§ 554. 1. a) Riedel, R. **03** 144 ff.: Der Vermieter verliert das Kündigungsrecht und in seinem Gefolge den Räumungsanspruch nur, wenn der Mieter den vollen rückständigen Betrag vor der Kündigung zahlt oder in dieser Höhe einen Aufrechnungsanspruch hat und die Aufrechnung unverzüglich erklärt. Annahme eines Teiles der Miete vor der Kündigung und Annahme der vollen rückständigen Miete oder eines Teiles derselben nach der Kündigung ist dem Räumungsanspruche des Vermieters nicht abträglich (145). Die Erhebung der Räumungsklage ist nicht als einschneidend zu erachten. A. M. Niendorff, Mietrecht (5) § 20.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 103: Die vorbehaltlose Annahme der im voraus zu zahlenden Miete vor Anstellung der Räumungsklage muß nicht immer den Sinn haben, daß der Vermieter auf Rückgewährung der vermieteten Wohnung hierdurch verzichten wolle, vielmehr kommt es stets wesentlich darauf an, ob nach den Umständen des Falles der Wille des Vermieters, auf sein Kündigungsrecht zu verzichten und sich mit der Fortsetzung des Mietverhältnisses einverstanden zu erklären, angenommen werden kann (104).

2. OLG. **7** 466 (KG.): Das durch Verzug des Mieters begründete Kündigungsrecht geht nicht auf den Käufer des Grundstücks über.

3. Die Bestimmung des Abs. 1 Satz 2 ist nicht zwingender Natur und kann im Mietvertrag abgeändert werden. Riedel, R. **03** 144.

4. Abs. 2. Diese Vorschrift ist dispositiver Natur und gilt nur, wenn die Aufrechnung durch den Mietvertrag nicht ausgeschlossen ist. Riedel a. a. O. 144.

§ 556. 1. Nissen, Beitrag zur Struktur der Ansprüche an den Dritten aus den §§ 556 und 604, JW. **03** 201 ff.:

A. Die Gebrauchsüberlassung ist nur ein Tatbestandsmerkmal im Verpflichtungsgrunde der §§ 556 und 604. Ein zweites den Verpflichtungsgrund erst vollendendes Merkmal ist der Umstand, daß der Dritte nach Beendigung des Hauptvertrags zur Rückgabe der Sache aufgefordert ist. Bevor dies nicht geschehen, entbehrt der Anspruch nicht bloß der Fälligkeit, sondern ist rechtlich überhaupt noch nicht vorhanden. Die Klage gegen den Dritten setzt voraus, daß dieser die Sache besitze oder doch zur Zeit des Rückgabeverlangens besessen habe. War er zu dieser Zeit nur mittelbarer Besitzer (und hat er auch später nicht unmittelbaren Besitz erlangt), so kann Besitzübertragung nur gemäß § 870 gefordert werden. Von der Zeit des Rückgabeverlangens an hat der Dritte in Ansehung der Sache dem Vermieter (Verleiher) für eigenes und für Verschulden desjenigen, dem er den Gebrauch überlassen, nach Maßgabe des Hauptvertrags einzustehen. Auch findet auf den Dritten § 557 Anwendung. Hat der Dritte auch seinerseits die Sache zum Gebrauche des Empfängers weitergegeben, so hat der Erstvermieter bzw. Erstverleiher unter den entsprechenden Voraussetzungen, unter denen er gegen den Dritten klagen kann, auch die Klage gegen jenen anderen.

B. Anlangend die Ansprüche aus §§ 547, 601 und das entsprechende Zurückbehaltungsrecht, das gemäß § 556 nur für vermietete (nicht verliehene) Grundstücke ausgeschlossen ist, unterscheidet Verfasser:

a) Geschah die Gebrauchsüberlassung an den Dritten in der Form, daß ihm Mieter seine Rechte aus dem Hauptmietvertrag abtrat, so begründet § 273 Abs. 1 für den Dritten jenes Zurückbehaltungsrecht,

α. wenn er selbst die Verwendung machte und aus derselben ohne die Abtretung ein Anspruch des Mieters an den Vermieter erwachsen wäre; ein solcher Anspruch aber ist erwachsen (immer vorausgesetzt, daß er durch den Hauptvertrag gestützt wird), wenn Mieter nach seinem

Vertrage mit dem Dritten diesem den Ersatz der Verwendung zu leisten hat;

β. wenn Mieter die Verwendung machte, nachdem er den Gebrauch dem Dritten überlassen, und wenn ohne die Mietzession Mieter vom Vermieter Ersatz fordern könnte.

b) Geschah die Gebrauchsüberlassung nicht in der Form der Mietzession, so begründet § 273 Abs. 2 gegen den Vermieter das Zurückbehaltungsrecht des Dritten, wenn dieser einen fälligen Anspruch wegen seiner Verwendung hat, sei es auf Grund der §§ 994 ff. oder auf Grund des Untermietvertrags, und beides, Ersatzanspruch wie Zurückbehaltungsrecht, sich, wenn vom Mieter gegen Vermieter geltend gemacht, auch nach dem Hauptvertrage rechtfertigen ließen. Das Zurückbehaltungsrecht des Dritten ist nach § 273 Abs. 2 ausgeschlossen, wenn dieser den Gebrauch der Sache übernahm in Kenntnis davon, daß Mieter zur Einräumung desselben nicht befugt war.

Hat nicht der Dritte, sondern der Mieter die Verwendung gemacht, so darf ersterer nicht retinieren. Erhebt Vermieter gegen den Dritten Klage auf Herausgabe der Sache, so ist, um den Mieter in den Rechtsstreit hineinzuziehen, und ihm zur Geltendmachung von Ersatzforderung und Zurückbehaltungsrecht gegen die Klage Gelegenheit zu geben, der Weg des § 76 ZPO. nicht gangbar. Die besagte Möglichkeit gewinnt aber Mieter dadurch, daß der Dritte, wozu er befugt ist, die vom Vermieter geforderte Sache an den Mieter zurückgibt. Ohne Mitwirkung des Dritten kann Mieter durch Klage gemäß § 64 ZPO. sein Zurückbehaltungsrecht durchsetzen, wenn die Klage des Vermieters gegen den Dritten auf Rückgabe der Sache anhängig ist.

2. Über die Einrede des Mieters (Entleihers, Verwahrers, Pfandnehmers), daß er zum Besitze besser berechtigt sei, oder daß ein Dritter dazu berechtigt sei, demgegenüber er ein Besitzrecht habe (Analogie des § 986): M. Wolff, Recht zum Besitze 28 ff.

3. Leske 234 Anm. 5: Das gegen den Mieter ergehende Räumungsurteil ist nicht ohne weiteres gegen den Untermieter vollstreckbar, es sei denn, daß dieser nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit den Gebrauch der Mietsache erlangt hat (§§ 265, 325, 727 ZPO.; Mot. II 297, 298).

4. **RG.** in Strafs. **35** 323: Der Mieter, der unter Verletzung seiner zivilrechtlichen Räumungsverbindlichkeit über die Dauer des Mietvertrags hinaus trotz der Aufforderung zum Räumen noch in der Mietwohnung verbleibt, macht sich um deswillen noch nicht des Hausfriedensbruchs gegenüber dem Vermieter schuldig, weil er, solange er sich im unmittelbaren Besitze der Wohnräume befindet, Subjekt und Träger des Hausrechts ist.

5. Über die Beweislast bei der Räumungsklage auf Grund des Mietvertrags und auf Grund des Eigentums s. o. Ziff. 2 d zu § 535 (vgl. auch Friedrich, JDR. **1** Ziff. 1 zu § 556).

§ 558. OLG. 5 373 (Hamburg): Die im § 558 eingeführte kurze Verjährungsfrist betrifft nur Ansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der zurückerhaltenen Sache, findet daher auf einen Anspruch wegen verschuldeten Unterganges der Mietsache keine Anwendung.

§§ 559 ff. Literatur: Herbst, Vertragsmäßiges Sperrrecht des Vermieters an unpfändbaren Sachen, BraunschZ. **50** 113—119. — Hellwig, Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Sachen, R. **03** 169—171. — Kreißelmeyer, Das Pfandrecht des Vermieters und Verpächters im Konkurse. München 1903. — Mittelstein, Keine Erstreckung des Sperrrechts des Vermieters, DJZ. **03** 171/172. — Oertmann, Das RG. und die unpfändbaren Sachen des Mieters, DJZ. **03** 136—139. — Ortloff, Das Zurückbehaltungsrecht des Vermieters an unpfändbaren Sachen des Mieters, A.bürgR. **22** 281—312.

§ 559. I. Satz 1. 1. Eingebrachte Sachen des Mieters. a) Kreißelmeyer, Pfandrecht des Vermieters 24: Ein Einbringungswille ist nicht erforderlich. Deshalb unterliegen dem Pfandrecht auch Sachen, die von einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters in den Haftbereich gebracht werden, ja sogar Sachen, die gegen den Willen des Mieters oder Pächters in das Grundstück gelangen. Wenn die Entstehung des Pfandrechts selbst unabhängig vom Willen des Schuldners sich lediglich an einen tatsächlichen Vorgang, die Einbringung, knüpft, warum soll dann nicht erst recht dieser rein tatsächliche Vorgang vom Willen des Schuldners unabhängig sein? (a. a. O. Anm. 2). (A. M. Siber 39 ff., Mittelstein 179.) Die Unterscheidung, welche die herrschende Lehre macht, ob die Einbringung in der Absicht dauernder Belassung oder alsbaldiger Wiederentfernung erfolgt, ist daher belanglos.

b) Beer, Wohnungsmiete 64: Dem Pfandrechte des Vermieters unterliegen alle Sachen des Mieters, die einen Vermögenswert repräsentieren, nicht also Sparkassenbücher und Lebensversicherungspolizen. Will der Vermieter sich an das Sparkassenguthaben seines Mieters halten, so muß er erst die Forderung seines Mieters gegen die Sparkasse pfänden lassen.

c) Der Vermieter ist nicht von vornherein (mittelbarer) Besitzer der dem Pfandrecht unterliegenden Sachen; er hat nur wegen der räumlichen Nähe die tatsächliche Möglichkeit, die Wegschaffung zu verhindern. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 69. Ebenso Herbst a. a. O. 117.

d) **RG.** SeuffBl. **68** 244 ff.: Zu den vom Mieter eingebrachten Sachen, an denen dem Vermieter nach § 559 ein Pfandrecht zusteht, gehört auch bares Geld. Ist das in der Wohnung verwahrte Geld von erheblicherem Betrage, so kann es nicht ohne weiteres denjenigen Sachen zugerechnet werden, deren Wegnahme aus den Mieträumen den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht, und deren Entfernung sich deshalb der Vermieter nach § 560 gefallen lassen muß.

OLG. Colmar, DJZ. **03** 60: Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters beschränkt sich auf die eingebrachten Sachen, die dem Mieter eigentümlich gehören.

RG. JW. **03** 88 Nr. 50: Der Vermieter erlangt an den in die Mietwohnung eingebrachten Sachen der Ehefrau, welche den Mietvertrag unterzeichnet hat, ein Pfandrecht, mag auch der Ehemann den Vertrag nicht genehmigt haben.

2. Umfang des Pfandrechts. LG. Frankfurt a. M., Frankf. Rundsch. **36** 107 ff.: Das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters erstreckt sich auch auf die Kosten der Rechtsverfolgung des Vermieters behufs Realisierung der Mietforderung.

3. Übergangsbestimmung.

OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 332 ff.: Das Vorzugs- und Pfandrecht des Vermieters, seine Entstehung und sein Erlöschen bemessen sich lediglich nach dem für das ganze Mietverhältnis maßgebenden Rechte.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 574: Das Pfandrecht des Vermieters erstreckt sich auf eine vom Mieter für den Fall des Eintritts der Rechtsverwirkung versprochene Mietzinsentschädigung.

OLG. Cöln, RheinA. **99** 1. Abt. 213 ff.: Das Pfandrecht des Vermieters ist nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes auch dann zu beurteilen, wenn die betreffenden Sachen erst nach dem Inkrafttreten des BGB., jedoch während der Zeit eingebracht sind, in welcher sich das Rechtsverhältnis in Gemäßheit der Artt. 170, 171 EG. z. BGB. nach dem bisherigen Rechte bestimmt.

OLG. **7** 462 (Hamburg): Der unter Zustimmung des Vermieters er-

folgende Wechsel des Mieters bedeutet keine Rechtsnachfolge in das alte Mietverhältnis, sondern die Begründung eines neuen mit wesentlich gleichem Inhalte, den das alte Mietverhältnis hatte. Ein gesetzliches Pfandrecht des Vermieters wegen der Mietschulden des zweiten Mieters kann daher an den eingebrachten Sachen des ersten nicht bestehen.

II. Satz 2.

1. Künftige Entschädigungsforderungen. **RG. 54** 301 ff., JW. **03** Beil. 80: Einem „künftigen" Schaden steht begrifflich ein „gegenwärtiger" Schaden gegenüber, also ein Schaden, für den nicht bloß der Grund gegeben ist, sondern der tatsächlich bereits eingetreten ist, dessen Voraussetzungen also sämmtlich bereits vorliegen müssen. Wollte man annehmen, daß auch ein Schaden durch das Pfandrecht gesichert sein sollte, bei dem nur der Grund bereits gegeben ist, so wäre nicht abzusehen, was unter den „künftigen" Entschädigungsforderungen verstanden werden sollte. Hinsichtlich des Zeitpunkts ist für die Frage, ob der Schaden noch ein künftiger ist, entscheidend die erste Geltendmachung des Pfandrechts; das Pfandrecht kann nicht dadurch ausgedehnt werden, daß die gerichtliche Entscheidung sich hinzieht (vgl. die Entscheidung der 2. Instanz OLG. **7** 13 ff. (Braunschweig), welche vom **RG.** bestätigt wurde).

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Beibl. 262: Die Fristen sind zu berechnen von der Zeit der Geltendmachung des Mietpfandrechts.

III. Satz 3.

a) Herbst, Vertragsmäßiges Sperrrecht des Vermieters, BraunschZ. **50** 113 ff., erblickt in dem Sperrrechte des Vermieters auf Grund seines gesetzlichen Pfandrechts ein erweitertes Selbsthilferecht (117). Auch in dem der Entscheidung des **RG.** in Strafs. **35** 154 ff. (s. IDR. **1** Ziff. 3 b) zugrunde liegenden Falle handele es sich nicht um ein Zurückbehaltungsrecht, wie die Parteien es fälschlich genannt haben, sondern ebenfalls um ein derartiges Selbsthilferecht, welches durch den Vertrag auch bezüglich der unpfändbaren Sachen des Mieters habe begründet werden sollen. Einen solchen Vertrag aber hält Herbst für zivilrechtlich nichtig, indem eine Ausdehnung der allgemeinen Vorschriften über Selbsthilfe nicht gestattet sei, da diese Vorschriften im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassen seien und daher der Privatwillkür eine unübersteigliche Schranke setzen. Der Vermieter, der sich, gestützt auf seine Abmachungen, beim Fortzuge des Mieters trotzdem an dessen Sachen vergreife und sie ohne Zustimmung des Mieters in seinen Besitz bringe, begehe eine verbotene Eigenmacht und hafte außerdem dem Mieter wegen der Wegnahme der Sachen aus § 823 Abs. 2 auf Schadensersatz.

b) Auch Oertmann, DJZ. **03** 136 ff., führt aus, daß allerdings die Vereinbarung eines derartigen Zurückbehaltungsrechts nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten, auch nicht — wie Altvater (s. IDR. **1** Ziff. 3 b) meint — gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde, weil § 559 nicht die Erstreckung des Vermieterpfandrechts auf die unpfändbaren Sachen verbiete, sondern nur den Umfang der davon betroffenen Gegenstände begrenze, daß es sich aber gar nicht um ein Zurückbehaltungsrecht des Vermieters handele (137). Allen Fällen eines Zurückbehaltungsrecht sei gemeinsam, daß überall ein Verpflichteter unterstellt wird, der kraft des Zurückbehaltungsrechts eine ihm obliegende Leistung zu verweigern berechtigt ist. Davon aber könne beim Vermieter keine Rede sein. Dadurch, daß die Sachen auf das ihm gehörige Grundstück geschafft sind, hätten sie nicht aufgehört, in Besitz und Nutzung des Mieters zu stehen, und es sei keine Situation entstanden, die den Vermieter gegenüber einem persönlichen oder dinglichen Herausgabeanspruche des Mieters als passiv legitimiert erscheinen ließe (138).

c) Die gleiche Ansicht vertritt Mittelstein, DJZ. **03** 171 ff. Ebenso wie Oertmann meint er, ein Vertrag des fraglichen Inhalts gebe dem Vermieter

so gut wie kein Mittel zur Übung eines Druckes auf den Mieter; selbst wenn der Mieter auch die unpfändbaren Sachen zurücklasse, könne der Vermieter sich durch Verkauf derselben nicht befriedigen (172).

d) Auch Hellwig, R. **03** 169 ff. erachtet die vom RG. befolgte Ansicht für unhaltbar und gelangt zu dem Ergebnisse, daß ein Vertrag, in dem ein Mieter seinem Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht an den von ihm eingebrachten Sachen einräumt, dem Vermieter keinerlei direkte Herrschaft zu verschaffen vermöge (171). Hellwig ist ebenfalls der Meinung, daß es sich um ein Zurückbehaltungsrecht gar nicht handele, weil der Vermieter nicht im Besitze der in der Mietwohnung befindlichen Sachen des Mieters sei. Durch bloße Vereinbarung aber könne dem Nichtbesitzer das Recht der Eigenmacht nicht zu dem Zwecke eingeräumt werden, damit er einen bei dem Einräumenden bestehenden Besitzzustand erhalten kann, weil der Kreis der Rechte der unmittelbaren Herrschaft ein geschlossener sei (170).

e) Dagegen gelangt Ortloff, A.bürgR. **22** 281—312, nach eingehender Besprechung der gesamten über diese Frage bestehenden Literatur — abgesehen von Herbst — und nach besonderer Auseinandersetzung mit Hellwig und Oertmann zu folgendem Ergebnisse: Die Ausschließung der der Pfändung nicht unterworfenen Mietersachen im Sinne der ZPO. von dem gesetzlichen Pfandrechte des § 559 ist nicht auch für ein von den Parteien vereinbartes Vermieterpfandrecht an allen vom Mieter eingebrachten Sachen als eine gesetzlich gebotene zu betrachten, steht vielmehr unter der freien privatrechtlichen Verfügungsfreiheit, d. h. auch von der Zwangsvollstreckung ausgenommene Mietersachen können einem vertragsmäßig dem Vermieter eingeräumten Pfandrecht unterworfen und dem in den §§ 560, 561 dem Vermieter verstatteten Rechte unterstellt werden. Der Vermieter bedarf der Hilfe des Gerichtsvollziehers zur Pfändung dann nicht, da ihm die Selbsthilfe der §§ 560, 561 zu Gebote steht. Er ist Pfandgläubiger durch Rechtsgeschäft und gelangt zum Verkaufe der in seinem Verwahrungsbesitze befindlichen Mietersachen auf dem von §§ 1233 ff. geordneten Wege (311 f.). Vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus wünscht Ortloff, daß das RG. dem Ansinnen, es möge seine Entscheidung derartiger Fälle künftig im Sinne der Widersacher ändern, nicht Folge leisten möchte. Näheres darüber 307 ff.

f) Gegen Ortloff wendet sich v. Blume, Seuff. Bl. **69** 1 ff.: An den nichtpfändbaren Sachen kann der Mieter dem Vermieter ein Pfandrecht durch eine Klausel im Mietvertrag allein nicht bestellen; es bedarf dazu gemäß § 1205 der Übergabe der Sachen an den Vermieter.

Ebensowenig kann der Vermieter sich durch eine solche Klausel ein Zurückbehaltungs- oder richtiger ein Sperrrecht verschaffen, kraft dessen er berechtigt wäre, die verpfändbaren Sachen des Mieters in Besitz zu nehmen. Denn es würde sich um ein Selbsthilferecht handeln, das durch Vertrag nicht begründet werden kann. Vielmehr würde der Vermieter, wenn er die unpfändbaren Sachen des Mieters festhielte, verbotene Eigenmacht gemäß § 858 begehen, auch wenn der Mieter sich verpflichtet hat, die Inbesitznahme der Sachen zu gestatten.

§ 560. 1. Bezieht sich § 560 auch auf Entfernung von Sachen durch Pfändung des Gerichtsvollziehers?

a) Kiefe, DJZ. **03** 175: § 560 findet auf den Fall einer Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher im Wege der Pfändung für einen dritten Gläubiger keine Anwendung, da die Entfernung infolge der Pfändung im Gegensatze zu der des § 560 nur als eine provisorische, die Zusammengehörigkeit der Illaten mit dem Mietgrundstücke nicht berührende anzusehen ist, indem die endgültige Trennung erst mit der Veräußerung und Tradition der Sachen erfolgt. Ebenso Siber u. LG. Darmstadt, JDR. **1** zu § 560. Derselben Ansicht auch LG. Hamburg,

HansGerZ. **24** Beibl. 7, weil § 560 Satz 1 die Entfernung der Sachen durch einen Unberufenen im Auge habe, der Vermieter gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger sich aber gar nicht widersetzen könne. § 805 ZPO.

b) Dagegen OLG. **7** 463 (Kiel): Das Pfandrecht des Vermieters erlischt auch dann mit der Entfernung der Sachen vom Grundstücke, wenn die Entfernung im Wege der Pfändung geschieht, vorausgesetzt, daß die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **24** Beibl. 193 ff.: Der Umstand, daß die Illaten auf Grund eines Zahlungsbefehls des Vermieters gegen den Mieter gepfändet worden sind und der Vermieter hierdurch mittelbaren Besitz erlangt hat, macht einen Widerspruch gegen die Fortschaffung der Sachen im Sinne des § 560 nicht entbehrlich. Denn nicht der Besitz der Sachen, sondern deren äußerlich erkennbares Illatenverhältnis zum Grundstücke, welches durch die Fortschaffung aufgehoben wird, bildet die rechtliche Grundlage des Mietpfandrechts. — Keineswegs enthält jede auf Zahlung einer Mietforderung gerichtete Klage ohne weiteres die Geltendmachung des dieselbe sichernden Pfandrechts (195).

2. Entfernung ohne Widerspruch des Vermieters. OLG. Dresden, SächsA. **13** 572 ff.: Das Unterlassen des Widerspruchs bei Kenntnis von der beabsichtigten Fortschaffung kann keineswegs schlechthin und unter allen Umständen als Grund des Pfanderlöschens bezeichnet werden. Diese Wirkung hat das Gesetz nur demjenigen Verhalten des Vermieters beilegen wollen, das einen stillschweigenden Verzicht auf Geltendmachung des Pfandrechts in sich schließt (573).

3. Stellung des Vermieters anderen Pfandgläubigern des Mieters gegenüber.

a) Götte, DJZ. **03** 472: Haben mehrere Gläubiger des Mieters gepfändet und sind nicht mehr genug ungepfändete Deckungsmittel für den Vermieter vorhanden, so muß sich dieser nicht, wie Goldstein, DJZ. **03** 401, annimmt, an den ersten Pfändungsgläubiger halten; der Vermieter muß vielmehr zunächst die noch ungepfändeten Sachen in Anspruch nehmen, und kann sich dann erst an die einzelnen Gläubiger halten und zwar in umgekehrter Reihenfolge ihrer Pfändungszeiten. Hierzu zwingt die folgerechte Entwickelung der Verbindung von § 560 BGB. mit § 805 ZPO.

b) OLG. Cöln, R. **03** 551 Nr. 2794: Das aus der Miete entstandene Pfandrecht geht dem Pfändungspfandrecht, auf welches § 1208 nicht anwendbar ist, vor und geht diesem gegenüber nicht durch den Ablauf der im § 561 Abs. 2 vorgesehenen Frist unter.

4. Die Entfernung ist nicht nur als Handlung, sondern als bloße Naturtatsache rechtswirksam. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 223 f., 207 f.

§ 561. 1. Abs. 1. a) Hellwig, R. **03** 169: Das dem Vermieter im § 561 eingeräumte Recht ist kein Zurückbehaltungsrecht, weil man nur zurückbehalten kann, was man hat, was man selbst besitzt. Der Vermieter als solcher besitzt aber die eingebrachten Sachen nicht und kann deshalb auch nicht retinieren (vgl. auch Hellwig, o. Ziff. III c zu § 559). Das durch § 561 gegebene Recht, die Sachen des Mieters ohne Anrufung des Gerichts in Besitz zu nehmen, geht hinsichtlich seiner Voraussetzungen weit über den § 229 hinaus. Denn § 229 gestattet nur solche Handlungen, die sich als provisorischer Ersatz der staatlichen arrestatorischen Maßregeln darstellen, nicht aber Surrogat des staatlichen Erfüllungszwanges sind. Der ganze Inhalt des § 561 aber ist rein materiell-rechtlich (170). Ebenso Oertmann, DJZ. **03** 136 u. Mittelstein, DJZ. **03** 171. Vgl. auch Ortloff a. a. O. 287.

b) OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 85: Der Vermieter darf die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen, soweit er ihr zu wider-

sprechen berechtigt ist, auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern. Auf bestimmte Maßregeln ist er dabei vom Gesetze nicht beschränkt; wie weit er gehen darf, läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden. Einsperrung des Mieters unter Umständen nicht rechtswidrig, wenn dieser zu erkennen gibt, daß er die Wohnung unter Mitnahme der Sachen verlassen will.

2. Verhältnis des § 805 ZPO. zu § 561 Abs. 2 Satz 2.

a) OLG. **5** 370 (KG.): Der in Abs. 2 Satz 2 des § 561 bezeichnete „Anspruch" kann auch auf die Klage aus § 805 ZPO. bezogen werden, weil die letztere Vorschrift an Stelle des Anspruchs auf Zurückschaffung oder Inbesitzlassung der Sachen denjenigen auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse gesetzt hat. Überdies ist es durchaus billig und deshalb dem vermutlichen Willen des Gesetzes entsprechend, wenn derjenige Vermieter, welcher der Entfernung der Sachen bloß deshalb nicht widersprochen hat, weil das Gesetz ihn daran hinderte, in dieselbe Rechtslage gebracht wird, in welcher sich derjenige befindet, dessen Widerspruch aus tatsächlichen Gründen ignoriert worden ist (371). Dagegen nimmt Grünebaum, R. **02** 35 an, daß die Frist des § 561 hier nicht Platz greift (vgl. hierüber JDR. **1** Ziff. 2 zu § 805 ZPO.). Gegen die Ansicht des KG. wendet sich auch LG. Hamburg, HansGerZ. **24** Beibl. 9, weil ein Erlöschen des Pfandrechts durch Ablauf der Ausschlußfrist nur dann und so lange möglich sei, als der aus dem Pfandrechte sich ergebende Anspruch derjenige auf Zurückschaffung der Sachen ist, nicht aber dann, wenn nur der andere Anspruch erhoben werden kann, an dem Erlöse der Pfandsache nach Maßgabe der Mietforderung beteiligt zu sein.

b) Kiefe, DJZ. **03** 175: Die Klage aus § 805 ZPO. ist inhaltlich von derjenigen des § 561 BGB. völlig verschieden, weshalb die Klage aus § 805 ZPO. auch nicht an die Frist des § 561 Abs. 2 gebunden werden darf. Die Klage aus § 805 ZPO. hat mit dem Rechte auf Zurückschaffung in den Besitz nichts zu tun, während umgekehrt im § 561 BGB. es sich einzig und allein um die Geltendmachung dieses Anspruchs handelt.

3. LG. Hamburg, HansGerZ. **24** Beibl. 5 ff.: Dem pfändenden Gläubiger gegenüber, der die Pfandsachen vom Grundstücke hat fortschaffen lassen, ist der Vermieter nicht nach § 561 Abs. 2 verpflichtet, sein Mietpfandrecht binnen Monatsfrist gerichtlich geltend zu machen. Das Gesetz kann die Ausschlußfrist nur auf das Verhältnis des Vermieters zu dem sein Pfandrecht verletzenden Dritten bezogen wissen wollen; gegen den Pfändungspfandgläubiger hat der Vermieter einen Anspruch „auf Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück, bzw. auf Überlassung des Besitzes" aber überhaupt nicht (7). (S. auch OLG. Cöln, o. Ziff. 3 b zu § 560).

4. Gerichtliche Geltendmachung im Sinne des Abs. 2 Satz 2 des § 561 (vgl. auch JDR. **1** Ziff. 4 c). OLG. Dresden, SächsA. **13** 575 ff.: Es ist schon zweifelhaft, ob die Ausbringung einer einstweiligen Verfügung, selbst wenn diese später durch Urteil nach § 942 ZPO. bestätigt wird, zu einer gerichtlichen Geltendmachung im Sinne des Abs. 2 Satz 2 überhaupt genügt, jedenfalls müßte aber eine einstweilige Verfügung vorliegen, die auf Wiederbeschaffung des Besitzes der ohne Wissen des Vermieters entfernten Sachen gerichtet wäre, denn auf den Erlös für die von dem Mieter nach der Wegschaffung an einen Dritten veräußerten Sachen erstreckt sich das Pfandrecht nicht. § 1247 kann hier entsprechende Anwendung nach § 1257 nicht finden (576).

§ 565. 1. Abs. 1. **RG.** R. **03** 297 Nr. 1634: Das Gesetz knüpft die rechtlichen Folgen hinsichtlich der Mietdauer und der Kündigungsfristen, wenn nichts anderes vereinbart ist, nicht an die Zahlungsfristen, sondern an die Zeit, nach welcher der Mietzins berechnet ist. Beides kann zusammenfallen. Ist aber

die Zahlungsfrist eine andere als diejenige, nach welcher der Mietzins bemessen ist, so ist lediglich die letztere maßgebend. Ist daher jährlicher Mietzins festgesetzt, so ist die Kündigung selbst dann nur für den Schluß des Kalendervierteljahrs zulässig, wenn tatsächlich der Mietzins monatlich gezahlt worden ist.

2. Abs. 2. OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 181: Aus dem Umstande, daß der festgesetzte Mietzins „monatlich" bemessen ist, kann eine Einschränkung der gesetzlichen Kündigungsbefugnis des Abs. 2 § 565 dahin, daß jedenfalls die Miete für einen Monat zu laufen habe, nicht hergeleitet werden.

§ 566. OLG. **7** 19 (Kiel): Ein Vorvertrag über mehrjährige Miete bedarf zur Rechtswirksamkeit nach § 566 ebenfalls der schriftlichen Form, weshalb ein mündlicher Vorvertrag keine weitergehende Bindung der Kontrahenten zur Folge haben kann, er gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen (20).

OLG. Dresden, SächsA. **14** 265 ff.: § 566 findet auch Anwendung, wenn die Parteien beim Abschlusse des Mietvertrags darüber einig gewesen sind, daß das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr dauern solle; nicht ist erforderlich daß der über ein Jahr dauernde Zeitraum eine bestimmte Zahl von Jahren umfasse (267).

§ 568. OLG. **7** 18 (Frankfurt a./M.): § 568 trifft auch den Fall, daß das Mietverhältnis durch Vereinbarung der Parteien aufgehoben worden ist, da dieser Fall von dem der Kündigung nicht wesentlich verschieden ist und nach den Motiven die Anwendung des § 568 nicht nur darauf beschränkt sein sollte, wenn ein auf feste Zeit geschlossenes Mietverhältnis sein Ende erreicht hatte.

OLG. **7** 18 (Hamburg), HansGerZ. **24** Beibl. 97, SchleswHolstAnz. **03** 193: Ein Mietvertrag, welcher unter der Herrschaft des alten Rechtes auf bestimmte Zeit geschlossen und nach deren Ablauf nach dem 1. 1. 00 stillschweigend fortgesetzt ist, gilt nach § 568 als auf unbestimmte Zeit verlängert. Dies hat die Bedeutung, daß das Vertragsverhältnis in allen übrigen Punkten als fortgesetzt gilt, während die Vertragsdauer dahin geregelt ist, daß das Verhältnis als auf unbestimmte Zeit geschlossen angesehen wird (19).

§ 569. OLG. Hamburg, HansGerZ. **24** Beibl. 287: Die Bestimmung des § 569 ist nicht eine Rechtswohltat zugunsten der Erben, sondern sie ist auch im Interesse des Vermieters eingeführt. Die Vorschrift ist nicht zwingenden Rechtes, sie kann vielmehr durch zwischen Mieter und Vermieter getroffene Abrede abgeändert werden. Darüber, daß § 569 nichtzwingendes Recht enthält, vgl. auch IDR. **1** zu § 569.

§ 570. 1. a) Keyßner, Das Mietkündigungsrecht des versetzten Beamten, R. **03** 224 ff., hält die Vorschrift des § 570 für zwingendes Recht. Er erblickt den rechtfertigenden Grund dieser Bestimmung in der zwingenden Anforderung des öffentlichen Rechtes, in dem Bedürfnisse der Beamtenverwendung an einem anderen Orte. Sind der Beamte und dessen Ehefrau Mieter, so bleibt die Ehefrau des versetzten Beamten als Mieterin an den Mietvertrag gebunden; ihr steht die Hilfe des § 570 nicht zur Seite (225).

b) David, R. **03** 146: Der Zweck und Sinn des § 570 weisen darauf hin, daß der Begriff „Versetzung" im weitesten Sinne aufzufassen ist. Es ist daher unter „dem Falle der Versetzung" jede durch eine Dienst- bzw. Amtsveränderung notwendig gemachte Wohnsitzveränderung einer Militärperson, eines Beamten usw. zu begreifen, auch dann, wenn die Versetzung des Beamten auf seinen Wunsch erfolgt und auch dann, wenn er nicht im streng verwaltungsrechtlichen Sinne versetzt, sondern in ein anderes Amt von der hierzu zuständigen Stelle berufen wird. Nicht aber dürfte, wie Dernburg II 2 183 (§ 226 V) annimmt, § 570 auch im Falle einer Pensionierung anwendbar sein.

2. Blau, Gesetz und Recht **4** 183: Die Bestimmung des § 570 wird analog auf diejenigen Personen anzuwenden sein, welche, ohne vorher Beamte

zu sein, eine Anstellung als Beamter erhalten und infolgedessen zur Kündigung ihrer Wohnung gezwungen sind. Das Gesetz selbst spricht nur von Personen, welche schon vorher Beamte waren, (sonst könnte der Ausdruck „versetzen" nicht gebraucht werden).

3. Rechtsprechung. a) OLG. Dresden, DJZ. **03** 131: § 570 trägt keinen den Vertragswillen ergänzenden Charakter, sondern schafft aus Rücksichten des öffentlichen Rechtes zur Wahrung möglichster Freiheit in der Versetzung der Beamten einen zu dem Vertragsrechte hinzutretenden gesetzlichen Kündigungsgrund, der die Macht hat, bestehende Verträge mindestens dann zu durchbrechen, wenn der Mieter nicht geradezu auf die Rechtswohltat des § 570 verzichtet hat.

LG. Heidelberg, BadRpr. **03** 171/172: Ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Befugnis aus § 570 — der anders wie beim § 544 gesetzlich zulässig ist — liegt nur dann vor, wenn neben der Vereinbarung einer längeren Kündigungsfrist noch eine besondere Vereinbarung dahin getroffen ist, daß diese auch bei Versetzung des Mieters eingehalten werden müsse.

b) OLG. **7** 465 (Königsberg): Nur der gewisse äußere Umstand der erfolgten Versetzung allein kann dem Mieter das Sonderrecht des § 570 geben und den Vermieter zwingen, die an sich vertragswidrige Kündigung gegen sich gelten zu lassen. Der Umstand, daß nach der von der Behörde des betreffenden Beamten erfolgten Anfrage die Versetzungsanordnung mit positiver Sicherheit zu erwarten war, kann nicht ausschlaggebend sein. § 570 ist als Sondervorschrift streng auszulegen.

c) OLG. Hamburg, HansGerZ. **24** Beil. 245: Darauf, ob der Beamte auf seinen Wunsch versetzt worden ist, kommt es bei dem § 570 nicht an (247).

LG. II Berlin, Preuß. Volksschularchiv **2** 223 ff.: Dem Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt in Preußen steht das Recht, gemäß § 570 zu kündigen, auch dann zu, wenn die Versetzung auf seinen Antrag erfolgt. Eine „Versetzung" liegt auch dann vor, wenn ein an einer öffentlichen Volksschule angestellter Lehrer an eine städtische Mittelschule anderen Patronats berufen wird, vorausgesetzt, daß beide Schulen in Preußen (ob alte oder neue Lande, ist unerheblich) belegen sind.

d) OLG. Hamburg, HansGerZ. **24** Beil. 245: Die dem früheren hamburgischen Rechte fremde Befugnis des § 570 gilt auch für Kontrakte, die vor 1900 geschlossen sind, nachher aber ausdrücklich von den Parteien „unverändert" gelassen sind. Durch eine Vereinbarung, wie z. B., es solle bei den bisherigen Mietezahlungsterminen, bei der bisherigen Kündigungsfrist, kurz bei dem bisherigen Inhalte des Vertrags bleiben, kann die Geltung des § 570 nicht ausgeschlossen werden, dessen Bedeutung gerade darin besteht, daß ein Beamter als Mieter nicht an die vereinbarte Vertragsdauer oder Kündigungsfrist gebunden sein soll (246).

e) Über die Voraussetzungen, unter denen ein versetzter Beamter nach dem Gesetze vom 24. II. 1877 betr. die Umzugskosten der Staatsbeamten einen Anspruch auf Mietentschädigung hat, handelt **RG. 52** 286 ff.

§ 571. 1. Miete ein dingliches Recht? (Vgl. besonders JDR. **1** Ziff. 1.) Hesse, Rechtliche Natur der Miete, gelangt zu dem Ergebnisse: Das Recht des Mieters zeigt weder die begrifflichen Merkmale eines dinglichen Rechtes, noch faßt das BGB. es als solches auf. Die Annahme eines dinglichen Mietrechts widerspricht dem Systeme, der Terminologie und den Vorschriften des Gesetzes über Rechte an Grundstücken. Weiterhin ist der Schutz des Mieters gegen dritte Personen sehr wohl mit dem obligatorischen Charakter der Miete vereinbar. Der Gesetzgeber hat durch eine solche Regelung des Verhältnisses zwischen dem Mieter und dem Erwerber und dinglich Berechtigten die obligatorische Natur der

Miete weder ändern wollen noch geändert. Die Wirksamkeit der Rechte des Mieters gegen diese Personen ist als Eintritt desselben in das Mietverhältnis zu konstruieren, ein solcher Eintritt in eine Obligation steht nicht zu deren Begriff in Widerspruch. Endlich kann auch durch eine Anwendung der §§ 571 ff. auf andere Tatbestände, durch eine Erweiterung dieser Rechte des Mieters, ein dinglicher Schutz nicht gewonnen werden. Eine solche Ausdehnung dieser Vorschriften ist unzulässig, und der Versuch Cosacks, sie durch allgemeine Erwägungen und Rücksichten auf praktische Bedürfnisse zu begründen, ist fehlgeschlagen (38).

2. Aus der Praxis.

a) Mietverhältnis. OLG. **7** 467 ff. (Hamburg): Es mag geboten sein, den Begriff „Mietverhältnis" nicht zu eng zu fassen, und gerechtfertigt erscheinen, auch die Verpflichtung zu solchen Nebenleistungen, wie sie dem Begriffe der Miete nicht notwendig sind und auch im Verkehre nicht die Regel bilden, unter Umständen noch als im Mietverhältnisse begründet zu bezeichnen. Aber wo eine Verpflichtung schlechterdings nicht mehr als Ausfluß aus einem Mietverhältnisse bezeichnet werden kann, da findet selbst gegenüber dem engsten tatsächlichen und wirtschaftlichen Zusammenhange die ausdehnende Auslegung ihre Grenze (469).

OLG. **7** 20 (Königsberg): Die Haftung des Erwerbers eines Mietgrundstücks hängt nicht davon ab, daß er das Mietverhältnis gekannt hat.

b) OLG. **7** 21 (Hamburg), HansGerZ. **24** Beibl. 137 ff.: Die „Überlassung" erschöpft sich darin, daß dem Mieter mit dem Willen seines Vermieters die tatsächliche Benutzung der Räume gewährt und seither, der ununterbrochenen Fortdauer des Mietverhältnisses entsprechend, tatsächlich nicht wieder entzogen ist, auch rechtlich vom Vermieter nicht wieder entzogen werden durfte.

c) **RG. 55** 293, JW. **03** Beil. 125: Da die Veräußerung des Mietgrundstücks die Abtretung der Mietforderung an den Erwerber des Grundstücks in sich schließt, ist § 265 ZPO. anwendbar und folglich die Veräußerung des vermieteten Grundstücks auf den über eine fällige Mietsrate anhängigen Prozeß ohne Einfluß (294).

RG. JW. **03** Beil. 131: Die §§ 571 ff. sollen nur die Wirkungen der Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks auf diejenigen in Ansehung des Grundstücks bestehenden Miet- oder Pachtverhältnisse bestimmen, welche nach dem Inkrafttreten des BGB. eingegangen sind. Die vor dem Inkrafttreten des BGB. eingegangenen Miet- und Pachtverhältnisse bestimmen sich im allgemeinen nach bisherigem Rechte und ihre Wirkungen für den Fall der Veräußerung oder Belastung des vermieteten Grundstücks sollen nur die Modifikation erleiden, daß der Mieter oder Pächter die im BGB. bestimmten Rechte gegen den Erwerber erlangt (132).

§ 572. Literatur: v. Brünneck, Wie gestalten sich die Rechte und Verpflichtungen aus der vom Mieter oder Pächter bestellten Sicherheit nach Veräußerung des vermieteten oder verpachteten Grundstücks? Gruchots Beitr. **47** 288—303.

1. v. Brünneck a. a. O. 288 ff.: Der § 572 weist eine so allgemein gehaltene Fassung auf, daß er jede Art der Sicherheitsbestellung umfaßt, also sowohl den Fall, daß dem Vermieter an dem Gegenstande der Sicherheit ein wirkliches Pfandrecht bestellt, wie den, daß ihm der Gegenstand zum Eigentum überlassen wird (288).

Weit häufiger als durch Verpfändung von Wertpapieren geschieht die Bestellung einer Miet- oder Pachtkaution durch Zahlung einer Summe baren Geldes oder Hingabe von Wertpapieren, ohne die Verbindlichkeit des Empfängers, dieselben Stücke zurückzugewähren. In solchen Fällen kann bei Veräußerung des vermieteten Grundstücks ein Eintreten des Erwerbers in die Rechte an der vom

Mieter bestellten Sicherheit nicht in der Weise stattfinden, wie bei vorliegender wirklicher Verpfändung (292). Es fragt sich, ob der Veräußerer als bisheriger Vermieter der Verpflichtung zur Rückgewähr einer auf diese Art bestellten Sicherheit schon bloß darum entledigt wird, weil der Erwerber des Grundstücks dem Mieter nach Ende der Mietzeit, wenn dieser ihm aus der Miete nichts mehr schuldet, die Sicherheit zurückzugewähren hat? (293 f.)

a) In dem Falle, wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr der Sicherheit übernimmt, erlangt der Mieter sofort und unwiderruflich mit der Übernahme dieser Verpflichtung gegen den neuen Eigentümer des Grundstücks den Anspruch auf Rückgewähr der Sicherheit. Hierin liegt insofern eine Abweichung von der Bestimmung des § 415, als nach dieser Bestimmung die Parteien den Vertrag über die Schuldübernahme bis zur erfolgten Genehmigung durch den Gläubiger ändern und aufschieben können. Im übrigen aber läßt § 572 den Inhalt des § 415 unberührt. Solange daher der Mieter nicht seinerseits die Schuldübernahme genehmigt, bleibt diese für das Verhältnis zwischen ihm und dem Veräußerer als dem bisherigen Vermieter wirkungslos. Der Erwerber des Grundstücks tritt in Ansehung der Rückgewährpflicht gegenüber dem Mieter nicht an die Stelle des Veräußerers. Er wird nur neben und außer diesem dem Mieter wegen Rückgewähr verbindlich.

b) Wenn der Erwerber dem Mieter zur Rückgewähr der Kaution verpflichtet ist, weil diese ihm ausgehändigt wurde, so hat im Falle einer wirklichen Verpfändung nur der neue Eigentümer des vermieteten Grundstücks dem Mieter für die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen einzustehen, während der Veräußerer von der Haftpflicht frei wird. Wenn aber die Sicherheit durch Zahlung einer Summe baren Geldes gegeben worden ist, so bleibt der Aushändigung der Kaution an den Erwerber ungeachtet der Veräußerer des Grundstücks dem Mieter zur Rückgewähr verpflichtet, denn in diesem Falle ist eine entsprechende Anwendung des § 1251 Abs. 2 Satz 3 als unstatthaft zu erachten (Gründe a. a. O. 295). Eine Beschränkung dahin, daß der Mieter nach erfolgter Aushändigung der Kaution an den Erwerber, möge diese in welcher Form immer bestellt sein, mit der Forderung auf Rückgewähr allein noch an den Erwerber verwiesen sein sollte, hätte einer ausdrücklichen Bestimmung im Gesetze bedurft (296).

2. **RG. 53** 247 ff., JW. **03** Beil. 38: Selbst wenn man annimmt, daß nach § 572 der Pächter ein selbständiges Recht darauf habe, daß von dem veräußernden Verpächter die Kaution an den Erwerber des Grundstücks verabfolgt werde, so würde diese Verpflichtung doch stets nur dahin gehen, daß der Verpächter die Kaution an den übergibt, der von ihm das Gut gekauft hat. Zu den späteren Erwerbern des Pachtguts steht er bezüglich der Kaution in keinem Schuldverhältnisse (251).

§ 573. Die Frage, ob sich der § 573 auch auf die im Wege der Zwangsvollstreckung ergehenden Verfügungen bezieht (vgl. besonders IDR. **1** Ziff. 2 zu § 573), hat das OLG. Dresden (OLG. **7** 24, SächsOLG. **24** 534 ff., SeuffA. **58** 377 ff.) bejaht, weil sich schon aus rechtspolitischen Gründen nicht annehmen lasse, daß der Pfändungsgläubiger bei der Überweisung, die sich nach § 836 ZPO. lediglich als Ersatz der freiwilligen Erklärung des Schuldners darstellt, habe schlechter gestellt werden sollen, als der Zessionar. Für den Ersteher aber könne es keinen Unterschied begründen, ob ihm die Mieten auf Grund einer Abtretung oder einer Überweisung entgehen (25). Den Beweisgrund, den Bendix aus der aktiven Fassung des § 573 gegenüber der passiven im § 1124 entnimmt, erkennt das OLG. nicht an, weil die unpersönliche Ausdrucksweise des § 1124 mit dem behandelten Rechtsstoffe zusammenhänge. Vgl. auch OLG. **7** 310 (Jena).

Ebenso OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **02** 99; OLG. **7** 469 (KG.); KGBl. **03** 114 ff.; LG. Dresden, SächsA. **14** 96 ff.

Die gegenteilige Ansicht hat OLG. **7** 25 (Celle) vertreten, indem es die Wortfassung des § 573 im Gegensatze zu § 1124 für seine Auffassung verwertet und weiter ausführt: § 573 regelt nur das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter und wie sich dieses gestaltet, wenn während der Mietdauer die Person des Vermieters wechselt. Er will aber nichts besagen über das Verhältnis zwischen Erwerber und Verkäufer; hierfür bleibt es, wenn nicht anderes vereinbart ist, bei § 446, wonach von der Übergabe dem Käufer die Nutzungen zustehen. Danach hat also der Erwerber gegen seinen Rechtsvorgänger, wenn dieser über die Zeit der Übergabe hinaus über die Mieten vorverfügt hat, eine Klage auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung (27). Ebenso OLG. Frankfurt, R. **03** 550 Nr. 2780. A. M. dasselbe Gericht R. **03** 291 Nr. 1546.

§ 578. LG. Ostrowo, DJZ. **03** 276: Alle Vorschriften, die für die Veräußerung nach der Überlassung an den Mieter gelten, sollen auch im Falle des § 578 Anwendung finden, mithin nicht bloß der erste, sondern auch der zweite Absatz des § 571.

§ 580. Über die Frage, ob unter „Wohnräumen und anderen Räumen" auch Räume in beweglichen Sachen (z. B. Artistenwagen, Zelle, Buden) zu verstehen sind, Kreißelmeyer a. a. O. 8 ff. Entgegen der herrschenden Meinung (Mittelstein 11, Fuld 172) weist Kreißelmeyer aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (10) nach, daß diese Frage zu bejahen sei. Die gegnerische Auffassung werde dem Wortlaute des Gesetzes nicht gerecht, ihre Begründungen, das Schriftlichkeitserfordernis des § 566, die Kündigungsbestimmungen des § 565 paßten nicht auf die Miete beweglicher Sachen, sind nicht stichhaltig, insbesondere übersieht Mittelstein, wenn er meint, der Vermieter bzw. Mieter der ganzen Sache als einer beweglichen wäre schlechter daran, als der Vermieter und Mieter nur eines Teiles derselben, daß eben die ganze Sache, z. B. das Schiff, auch immer einen Wohnraum oder doch wenigstens einen Raum darstellen wird (9). Über Siber, der auf der Gegenseite steht, s. JDR. **1** zu § 580.

II. Pacht.

§ 581. 1. **RG.** JW. **03** Beil. 140: Ob der Satz, daß der Jagdpachtvertrag nicht der schriftlichen Beurkundung bedarf (**RG. 51** 279 ff., s. JDR. **1** Ziff. 2), auch auf den Fischereipachtvertrag ausgedehnt werden kann, ist zweifelhaft. — Bei der Pachtung eines Rohrnutzungsrechts ist das Seegrundstück selbst und nicht ein besonderes Recht der Rohrnutzung als der Gegenstand der Pachtung anzusehen.

2. Analog der Pacht wird der Verlagsvertrag behandelt. Isaac, Verlagsvertrag, BöhmsZ. **13** 386.

§ 583. 1. LG. Darmstadt, HessRspr. **3** 21: Bei einer von dem Pächter vorgenommenen Änderung in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks kommt es darauf, ob die jetzige Benutzung des Grundstücks für den Verpächter lukrativer ist, nicht an. Der Pächter hat stets die dem Grundstücke vom Verpächter gegebene wirtschaftliche Bestimmung zu respektieren.

2. Die Erlaubnis kann wegen BGB. § 305 nur durch Vertrag erfolgen, nicht, wie man allgemein annimmt, durch einseitiges Rechtsgeschäft. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 170/171.

§ 584. de Claparède, Beiträge zum Leistungsverzuge 134 ff.: Das preußisch-sächsische System (einviertel- oder halbjährliche Fälligkeit des Pachtzinses) scheint die Regel zu bilden, sich gut bewährt zu haben und ein für beide Teile

zweckmäßiges Verfahren zu sein. Für den Verpächter kaum lästiger, bietet es ihm größere Sicherheit, regelmäßigeren Zahlungseingang, ein geringeres Risiko; während Teilzahlungen dem in der Regel kapitalsschwachen Pächter leichter fallen. Auch erfolgen die Gutserträge nicht ausnahmslos am Ende des Pachtjahrs, vielmehr gewisse, namentlich tierische Produkte (Eier, Milch, Butter, Tierjunge 2c.) im wesentlichen das ganze Jahr hindurch; desgl. könne ein Teil der Erntefrucht — als Winter- oder Sommersaat — nicht gleichzeitig gewonnen und verwertet werden. Auch die rechtliche Motivierung der Motive II 429 ist belanglos; s. 68/69.

§ 585. Kreißelmeyer a. a. O. 25: Der Bestimmung, daß das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks sich auch auf die Früchte des Grundstücks erstreckt, ist keine große Bedeutung beizumessen. Vor der Trennung sind die Früchte wesentliche Bestandteile des Grundstücks und als solche Eigentum des Verpächters, sie können deshalb vom Pfandrechte nicht ergriffen werden, mit der Trennung aber fallen sie der Regel nach ins Eigentum des Pächters und sind dann als eingebrachte Sachen dem Pfandrecht unterworfen. Wichtig ist die Bestimmung nur für den Fall, wenn die Früchte nicht auf das Grundstück selbst gelangen (Überfall) oder wenn ein Dritter Eigentum an denselben erwirbt. Für den letzteren Fall aber gilt die Ausnahme: der Dritte erwirbt freies Eigentum, wenn er in gutem Glauben ist (956, 957). Über das Pfandrecht des Verpächters an den Früchten vgl. auch Siber, JDR. **1** zu § 585.

§ 590. Wenn der Pächter wegen einer sich nicht auf das Inventar beziehenden Forderung ein noch nicht in seinen Besitz gelangtes Inventarstück pfänden läßt, so hat er daran ein Pfandrecht nur für die Forderung, wegen der er hat pfänden lassen, nicht wegen anderer, sich auf das Inventar beziehender Forderungen, denn die gepfändete Sache ist nicht in seinen Besitz gelangt. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 100; vgl. § 808 ZPO.

Vierter Titel.

Leihe.

Vorbemerkung (zu §§ 598—610). Wie früher, so haben auch in dieser Berichtsperiode Leihe und Darlehen keine sehr große Beachtung in Literatur und Rechtsprechung gefunden. Die Leihe ist überhaupt nur in anderen Zusammenhängen da und dort erörtert worden; nicht einmal der interessante Anspruch aus § 604 Abs. 3 hat zu literarischen Erörterungen gereizt. Doch kann hier wenigstens auf den — oben bei § 556, dessen Abs. 3 der genannten Vorschrift korrespondiert, gebrachten — Aufsatz von Nissen verwiesen werden. — Im Vergleich zur Leihe ist das Darlehen schließlich doch noch besser fortgekommen. Zwar scheint die Frage, ob es Realvertrag oder nicht, nicht mehr sonderlich zu interessieren. Aber der § 607 Abs. 2 — mehr theoretisch anziehend als praktisch wichtig — ist monographisch behandelt worden, und die „clausula rebus sic stantibus“ des § 610 erfreut sich immer noch des literarischen Interesses. Allerdings gehören sowohl die Bemerkungen von Fritze als auch die von Lotmar der vorigen Berichtsperiode an und sind jetzt nur nachgetragen worden. — Sehr interessant und wichtig ist die von Schalhorn und auch von Lotmar — vgl. § 607 Note 4 — erörterte Frage nach der Natur der Lohnvorschüsse: Darlehen oder Leistung aus dem Dienstvertrage? Außerdem sind einige wichtige Entscheidungen zu verzeichnen gewesen. Vgl. insbes. zu § 607 und § 609.

Literatur: Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von R. Leonhard, Lieferung 3. (1903.)

§ 598. Eck 505: a) Leihe-, Darlehens- und Verwahrungsvertrag sind Realverträge geblieben. Sie sind nicht zu einem Vertrage mit ihren bezüglichen Vorverträgen verschmolzen worden. Das BGB. setzt vielmehr die Hingabe der

Sache stets als erfolgt voraus; es knüpft nicht an den bloßen Vorvertrag eine Pflicht zur Hingabe einerseits und zum Empfang und Rückgabe andererseits an.

b) „Gestatten", d. h. „belassen", nachdem er dem Entleiher den Gebrauch der Sache eingeräumt hat. Eine solche Einräumung (res) kann auch in der bloßen Erlaubnis der Benutzung durch einen anderen liegen.

§ 600. Bezüglich des Erfordernisses der Arglist vgl. Neumann, Prolegomena 154 ff.

§ 603. Der Leiher haftet bei vertragswidrigem Gebrauche der Sache für allen, auch den zufälligen Schaden, der ohne die Vertragswidrigkeit nicht eingetreten wäre (Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens). Neumann, Prolegomena 95.

§ 604. 1. a) Leonhard bei Eck 506 Anm. 1: Im § 604 liegt ein Gegengewicht gegen den Grundsatz „Hand muß Hand wahren".

b) Eck 506: Ob der Entleiher die Sache vor Ablauf der Zeit zurückgeben darf, hängt davon ab, ob er sie mit der Verpflichtung zum Gebrauche übernommen hat, wie bei einem Reitpferde, das er während der Abwesenheit oder Erkrankung des Verleihers bewegen soll. In diesem Falle liegt Leihe mit Nebenabrede vor. (Leonhard Anm. 2 das.: Auch vielleicht Auftrag mit Nebenabrede oder ein zweiseitiger unbenannter Vertrag, der nur insoweit der Leihe untersteht, als dies passend erscheint.) Auch wenn jemand eine Villa während einer Reise verleiht, kann der Leiher nicht jederzeit zurücktreten.

2. de Claparède, Beiträge 73 ff.: a) Der gesetzliche Ausspruch des Abs. 1 ergibt sich bereits aus dem Kommodatszwecke.

b) Zu Satz 2 Abs. 2. Vermöge der Unentgeltlichkeit sowie bei der auch die Interessen des Verleihers berücksichtigenden Natur der Leihe wird der Gläubiger selbst auf „summarischem Wege" (Schneider) eine Nachfrist nicht immer zu gewähren brauchen. Ähnlich steht es mit anderen Fällen von Interessenkollisionen (z. B. § 605 Nr. 1). Freilich ist dies in casu nicht ganz unbedenklich (s. Beispiele). Denn derartige mehr dem Gebiete des Anstandes und des Taktes angehörende Konfliktsfälle lassen sich nicht immer rein rechtlich beurteilen oder geschäftsmäßig behandeln (75 ff.). Nach dem Vorbilde des Schw. OR. Art. 326 hätte das Gesetz besser getan, im Interesse der erzieherischen Aufgabe der RO. und der Geltung der Sätze im § 604 I u. II dem Verleiher ein sofortiges Kündigungsrecht nur bei Vorliegen eines „dringenden Grundes" zu gestatten.

S. auch oben Nissen zu § 556 Note 1 (JW. **03** 201 ff.).

Fünfter Titel.
Darlehen.

Vorbemerkung: s. oben zum 4. Titel.

Literatur: Eck-Leonhard, Vorträge. — S. oben zum 4. Titel.

§ 607. I. Allgemeines.

1. Eck 506 ff.: Darlehen ist Realvertrag; aber Empfang kann auch durch Gutschrift erfolgen.

2. Ist das Eigentum durch die Hingabe nicht verschafft, so ist ein Darlehen nicht zustande gekommen. Die Frage, ob der Empfänger das Eigentum erlangt hat, ist nach den allgemeinen Vorschriften über Eigentumsübertragung, insbes. über den redlichen Erwerb beweglicher Sachen zu beantworten (§§ 929 ff., 932 ff.). Leske 251.

3. BayrObLG., R. **03** 605 Nr. 3073: Ein selbständiges Schuldversprechen kann auch in der Weise erteilt werden, daß der Schuldner ein Darlehen empfangen zu haben bekennt, das ihm nicht gegeben wurde. — S. auch unten zu Note 7 a.

4. Natur der Lohnvorschüsse.

Schalhorn, SozPr. 8 797, v. Schulz-Schalhorn, Das Gewerbegericht Berlin 17 vertritt gegen ein Urteil des GG. Neumünster, GewGer. 7 83 f. die Ansicht, daß der Lohnvorschuß nicht in der Absicht gezahlt wird, den Arbeiter zur Zurückgewährung einer entsprechenden Summe zu verpflichten, sondern nur in der Erwartung der künftigen Dienstleistung. Er stellt sich lediglich als Gegenleistung für die versprochene Dienstleistung dar, — nur daß der Arbeitgeber hier — anders als sonst (§ 614) — vorleistet; er ist also Leistung oder Teilleistung des Dienstberechtigten aus dem Dienstvertrage. Verrechnet der Arbeitgeber den Vorschuß längere Zeit hindurch nicht, sondern zahlt er den späteren Arbeitsverdienst ohne Widerspruch des Dienstverpflichteten heraus, so liegt eine stillschweigend vereinbarte Umschaffung des Rechtsverhältnisses, Wandelung des Lohnvorschusses in ein Darlehen vor.

Bei den sog. Vorschüssen, die dem mit einer größeren Akkordarbeit betrauten Arbeiter allwöchentlich gezahlt zu werden pflegen, handelt es sich in der Regel um verhältnismäßige Abschlagszahlungen, um fälligen Lohn.

S. ferner Lotmar, Arbeitsvertrag 393. Die Vorschuß- und Abschlagszahlung ist kein Darlehen, selbst wenn und soweit das Gezahlte noch nicht verdient ist, weil auch hier die Zahlung solvendi animo gemacht wird. — S. Näheres noch 394.

5. Bei Darlehen an Inhaberpapieren würde der Empfänger bei Unmöglichkeit der Rückzahlung in gleichartigen Inhaberpapieren von der Darlehensverbindlichkeit befreit (§ 275), er würde aber aus der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812) haften. Leske 250 Anm. 10; Planck-Greiff II 343 Anm. 4.

6. BayrObLG. 4 415, R. 03 360: Wird eine Hypothek für ein Baukapital bestellt, so ist zwar der Darleiher nicht verpflichtet, das versprochene Darlehen zu einem anderen Zwecke als zur Bauführung zu geben; dagegen hat ein nachfolgender Hypothekengläubiger kein Recht, zu verlangen, daß der Darleiher dem Schuldner die Verwendung des Geldes nicht zu einem anderen Zwecke gestattet.

II. Abs. 2. S. auch JDR. 1 zu § 607.

7. Grundlegung.

Martin, Die Verwandelung bestehender Schulden in Darlehensschulden, führt aus:

a) Die Begründung einer Darlehensschuld gemäß Abs. 2 geschieht nicht durch die Fiktion der Erfüllung der alten Schuld und der gleichzeitigen Wiederausleihung des Betrags dieser Schuld an denselben Schuldner. Die Verwandelung einer aus einem anderen Grunde herrührenden Schuld in eine Darlehensschuld enthält auch weder notwendig ein verpflichtendes Schuldanerkenntnis, noch stellt sie sich in jedem Falle als eine Novation der zugrunde liegenden Schuld dar. Die besonderen Voraussetzungen des Anerkenntnisses (insbesondere der auf Schaffung einer abstrakten Verbindlichkeit gerichtete Wille) und der Novation (insbesondere die Absicht der Parteien, die neue abstrakte Schuld an die Stelle der zu tilgenden bisherigen Verpflichtung zu setzen) müssen vorliegen, wenn die Verwandelung deren Wirkungen haben soll.

Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so erscheint die Vereinbarung aus Abs. 2 als eine bloße Abänderung der in ihrem Bestande fortdauernden bisherigen Schuld. Dieser werden durch die Abmachung nur die Eigenschaften und Wirkungen einer Darlehensschuld beigelegt. Die für die alte Schuld begründeten Nebenrechte, wie Pfandrecht und Bürgschaft, bleiben bestehen. Im Prozesse hat der Kläger beim Leugnen des Beklagten die Entstehung der verwandelten Kauf-, Honorar-, Mietzins- usw. -schuld zu beweisen. Das Zurückgehen auf diese alte Schuld, der Übergang von der Darlehensklage zur Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis ist keine Klageänderung. Die Verjäh-

rung aber ist die dreißigjährige, auch wenn die ursprüngliche Schuld der kürzeren Verjährung unterlag.

In jedem Falle, auch falls Anerkenntnis und Novation vorliegen, ist die nach der Verwandelung bestehende Schuld eine Darlehensschuld.

b) Zu § 280: Der Ersatz in Geld tritt an die Stelle der geschuldeten Sache. Der Gegenstand des Schuldverhältnisses wird ein anderer. Das Geldäquivalent tritt nicht nur neben den ursprünglichen Leistungsgegenstand als Surrogat der Erfüllung. Kennt der Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistung, so kann er nur Schadensersatz fordern. 45 ff.

8. **RG. JW. 03** Beil. 96: Das BGB. kennt zwar die Novation als ein besonderes Rechtsinstitut nicht, berührt aber verschiedene Anwendungsfälle derselben, so insbesondere im § 607 Abs. 2, ferner in den §§ 364 Abs. 2, 414, 779 und 782. Es folgt jedoch auch schon aus allgemeinen Grundsätzen der Vertragsfreiheit, daß auch nach dem BGB. Gläubiger und Schuldner durch Vertrag eine bestehende Verbindlichkeit der Art umschaffen können, daß die alte völlig erlischt und eine neue an deren Stelle tritt. Die Ausstellung einer neuen Urkunde über ein altes Vertragsverhältnis bedeutet aber noch nicht dessen völlige Umschaffung. Entscheidend ist allein, daß der Schuldgrund keinerlei Veränderungen erfahren hat.

9. Natur der Vereinbarung.

a) Siber, Rechtszwang: Die Vereinbarung ist Realvertrag: Erlaß der Urforderung zur Begründung einer Darlehensforderung, — deshalb nur wirksam, wenn eine gültige (auch verjährte, aber nicht bloß naturale) Urforderung bestand. Dagegen ist Eingehung einer neuen, notwendig abstrakten Schuld an Erfüllungsstatt für die alte (§ 364 Ziff. 2) vom Bestehen einer Urforderung unabhängig und nur der condictio indebiti ausgesetzt (60 f.).

b) Eccius, Gruchots Beitr. **47** 152 nimmt gegen Crome, System 600, 273, der die Abrede im Zweifel als Umwandelungsabrede auffaßt, die nur wegen Nichtschuld kondiziert werden könne und also die Nebenrechte für die alte Schuld zerstöre, an, daß die Abrede im Zweifel nur die Bedeutung habe, daß die auf der alten Grundlage geltend zu machende Schuld nur nach Art eines Darlehens, also kündbar, verschuldet werde.

10. Leonhard bei Eck, 507 Anm. 1: Ein Wechselgläubiger kann dadurch zum Darlehensgläubiger werden, daß er auf die Wechselforderung gegen Einräumung eines Darlehensanspruchs verzichtet, wenn beide Teile einig sind. Aus einem bloßen Anspruch auf Kreditgewährung kann der Wechselschuldner nicht den Gläubiger zu einer solchen Schuldverwandelung zwingen, namentlich nicht durch eine Aufrechnungseinrede. Vgl. **RG. 52** 303 ff.

11. Eck a.a.O.: Die Gültigkeit der Schuld ist Voraussetzung für die Umwandelung.

§ 609. 1. de Claparède, Beiträge 79 ff.: Bei Darlehen im Kleinverkehre wird die fragliche Kündigungsfrist der mutmaßlichen Parteiabsicht regelmäßig nicht entsprechen. § 609 I u. II betrifft zweifelsohne die verzinslichen wie unverzinslichen Darlehen. A. M. Endemann 837, Meisner zu § 609 Note 2. Nur bezüglich der Rückerstattung (§ 609 III) scheidet das Gesetz nach diesen Gesichtspunkten.

2. Eck 508: Verzinsliche Darlehen kann der Schuldner nicht ohne vorherige Kündigung zurückzahlen, auch nicht mit vorheriger Kündigung, wenn ein Rückzahlungstermin festgesetzt ist. Wichtig bei Anleihen auf Inhaberpapiere, bei denen ein Tilgungsplan aufgestellt ist. Vor dem fixierten Termine kann von den Emittenten nicht gekündigt werden.

3. Ist für die Rückerstattung eines Darlehens eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Schuldner das Darlehen vorher zurückerstatten kann (§ 271 Abs. 2). Leske 252.

4. Aus der Rechtsprechung.

a) **RG.** SächsA. **13** 198 ff.: Sollte der Darlehnsempfänger das Geld erst dann und nur dann zurückzahlen, wenn er dazu ohne Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz und des Unterhalts für sich und seine Familie imstande sei, so trat seine Verpflichtung zur Rückzahlung ein, sobald er in die bezeichnete Vermögenslage gelangt war, und kam nicht ohne weiteres wieder in Wegfall, wenn sie sich nachträglich wieder verschlechterte, insbesondere dann nicht, wenn er, statt seiner Rückzahlungspflicht zu genügen, das Geld zu Ausgaben verwendete, die keinen Vorrang vor der Forderung des Darleihenden zu beanspruchen hatten. Die Behauptungs- und Beweislast liegt bei dem Darlehnsnehmer.

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. **24** Beibl. 154: Die Vereinbarung der Unkündbarkeit von Hypotheken für die Zeit, in welcher der Darlehnsempfänger Eigentümer des Grundstücks bleibt, ist gültig.

§ 610. 1. Fritze, Clausula rebus sic stantibus, A.bürgR. **17** 47—48 (s. JDR. **1** zu § 610 und zu § 321) meint mit Stammler: § 610 enthält nur eine Auslegungsvorschrift, nicht wie § 321 einen ergänzenden Rechtssatz. Gegen Stammler hält er bei dem ohne Bedingung erfolgten Darlehensversprechen den § 321 nicht für anwendbar, da es nicht möglich ist, dieses Versprechen als die eine Seite eines gegenseitigen Vertrags aufzufassen.

Die Frage, ob man in den Fällen der §§ 321, 610 die Anfechtung wegen Irrtums geltend machen könnte, wenn die Verschlechterung der Vermögenslage des anderen Teiles, ohne daß man davon wußte, schon vor dem Vertragsschlusse vorhanden war, ist nicht ex abstracto zu entscheiden. In den meisten Fällen ist der Irrtum nicht beachtlich; doch kann er im Verkehre bedeutungsvoll sein. Vgl. jedoch JDR. **1** zu § 119 Note 17 und Noten zu § 321.

2. Lotmar, Arbeitsvertrag 381—382 Anm. 3: § 321 setzt für die Parteien eines Arbeitsvertrags zwingendes Recht. Hieran wird durch § 610 nichts geändert. Der hier gemeinte Zweifel kann nur Zweifel des Richters darüber sein, ob der Promittent das Widerrufsrecht habe oder nicht. Es ist aber nicht gesagt, worauf sich der Zweifel gründet. Die Annahme, wenn ein deutlicher Verzicht vorliege, sei das Recht ab-, wenn ein undeutlicher Verzicht vorliege, sei es zuzusprechen, ist verfehlt. Lotmar hält jeden im voraus vereinbarten Verzicht für ungültig und bezieht die Worte „im Zweifel" auf das Dasein der im Gesetz aufgestellten Bedingungen des Widerrufsrechts: wenn der Richter darum im Zweifel ist über das Dasein des Widerrufsrechts, weil er dessen faktische Voraussetzungen — eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse oder eine dadurch verursachte Gefährdung — nicht entschieden gegeben findet, dann soll er das Widerrufsrecht anerkennen. Also bei dieser zweifelhaften Sachlage kann der Promittent widerrufen.

3. Eck 507: § 610 ist trotz § 321 nötig, weil das Darlehensversprechen kein gegenseitiger Vertrag ist.

4. Eck 507: Eine Abtretung des Anspruchs ist regelmäßig nach § 399 ausgeschlossen, weil darin eine Veränderung des Inhalts der Obligation liegt. Anders, wenn der Empfänger des Darlehensversprechens durch die Zahlung an den Zessionar Darlehensschuldner wird (**RG. 33** 311, — Baugelddarlehen).

NaumbAK. **03** 4 (LG. Magdeburg): Der Anspruch auf Abschließung des Darlehensvertrags, auf Hingabe der Valuta ist nicht übertragbar (§ 399). Anders, wenn durch die Zahlung an den Zessionar der Zedent Darlehensschuldner werden wollte und sollte, wie dies bei Abtretung des Darlehensversprechens an Handwerker und Lieferanten seitens des Baugeldhypothekschuldners für zulässig erachtet worden ist. Planck II 432, **RG. 32** 364, **38** 311.

5. Thiele, AzivPr. **89** 162: Die Kündigung kann vor Hingabe des Darlehens erfolgen, doch darf die Kündigungsfrist nicht schon abgelaufen sein.

6. OLG. Breslau, R. **03** 527 Nr. 2644: Das gegebene Darlehen untersteht so wenig als die bereits vereinbarte Belassung einer Schuld als Darlehen dem § 610. Der § 610 entspricht den §§ 656ff. I. 11 ALR. Dagegen hat die Klausel der §§ 377ff. I. 5 ALR. im BGB. keinen Ausdruck gefunden. Ähnlich OLG. Colmar, DJZ. **03** 456: Der Gläubiger kann, nachdem er vorgeleistet hat, wegen Vermögensverfalls seines Schuldners den dem letzteren gewährten Kredit einseitig nicht widerrufen.

7. Über das Verhältnis des Widerrufsrechts aus § 610 zum Rücktrittsrecht s. **RG. 52** 10 in JDR. **1** zu § 346 Note 8.

Zum Sechsten und Siebenten Titel.

Vorbemerkung (zu §§ 611—651): Schon der erste flüchtige Überblick belehrt den Leser über die außerordentlich beträchtliche Menge Stoffes, die in dem vorliegenden Jahrgang im Vergleiche zum ersten zur Verarbeitung und Darstellung gelangt ist. Im wesentlichen läßt sich das Anschwellen des in der Berichtsperiode zu bewältigen gewesenen Materials auf zwei Momente zurückführen: die Hineinarbeitung des — aus Zeitmangel und aus anderen Gründen in JDR. **1** nicht berücksichtigten — fundamentalen Werkes von Lotmar und die möglichst eingehende Heranziehung der für das bürgerliche Recht bedeutungsvollen gewerberechtlichen Gesichtspunkte, insbesondere der reichhaltigen gewerbegerichtlichen Praxis, vor allem im Dienstvertragsrecht, — wobei die beiden trefflichen Sammelwerke von Baum und v. Schulz-Schalhorn vorzügliche Dienste geleistet haben. Bei der Darstellung von Lotmars Arbeit, einem Werke von bahnbrechender Bedeutung und meisterhafter juristischer Technik, ist so verfahren worden, daß in einer Vorgruppe ein zusammenhängendes Referat gegeben wird, in dem ein Bild von den grundlegenden begrifflichen Voraussetzungen des „Arbeitsvertrags" zutage treten soll, wie Lotmar es im ersten Teile, etwa der ersten Hälfte seines Werkes entwickelt. Die zusammenhängende Darstellung ist bis zu der fundamentalen Unterscheidung der beiden „Grundformen", des Akkordes und des Zeitlohnvertrags, geführt. Um den Zusammenhang nicht zu stören, sind in dem Exzert eine Reihe von Einzelerörterungen gebracht, die bei den betr. einschlägigen Stellen der Gesetze ihre spezifische Bedeutung gewinnen. Es empfiehlt sich daher, obwohl nach Möglichkeit Verweisungen angebracht sind, regelmäßig auch das zusammenhängende Referat nachzulesen. Alsdann wird mit der zusammenhängenden Darstellung abgebrochen; die weiteren einschlägigen Erörterungen sind bei den einzelnen Bestimmungen untergebracht, wie auch bereits die vorangehenden Partieen vielfach erkennen lassen. — Die Ergebnisse der gewerberechtlichen Praxis und Literatur können nicht mehr ohne Schaden für die privatrechtliche Jurisprudenz von dieser außer acht gelassen werden. Die Gebiete haben vielfach unmittelbare Berührungspunkte. Einerseits wirkt in breitem Maße das bürgerliche Recht, namentlich das des Dienstvertrags, auf das gewerbliche hinüber; andererseits finden sich im bürgerlichen häufig die gleichen Tatbestände. So können und müssen die dort gewonnenen Ergebnisse nicht selten hier verwertet werden; dies gebietet nicht nur der Zwang des wissenschaftlichen Zusammenhanges, sondern auch der rein praktische Gesichtspunkt der Arbeitsteilung und Arbeitsersparnis. Vgl. in dieser Beziehung etwa: § 611 Note 3, 4, 7; § 612 Note 2a, 4; § 615 Note 2, 3, 5, 9; § 616 Note 5ff.; § 630 und zahlreiche andere Stellen, wo überall überhaupt nur mit Rücksicht auf das Gewerberecht von einer „Praxis" gesprochen werden kann, und sich auf Grund des jungen Privatrechts noch keine wesentliche gebildet hat. — An umfassenden theoretischen Arbeiten fehlt es in den in Frage kommenden Gebieten, abgesehen von dem Lotmarschen Werke, fast ganz; einige Monographien haben Spezialfragen behandelt (Schulzenstein, Levy, Ochß, Henle, — Sigel hat über den gewerblichen Arbeitsvertrag geschrieben). Vorherrschend sind die kleineren, ein oder zwei Fragen behandelnden Aufsätze und Entscheidungen. Theoretisch interessant sind die von Flügge behandelten ärztlichen Fragen (§ 611 Note 6),

die von Bernau und Zitelmann betrachtete Amtsniederlegung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft und fast alles, was von Lotmar vorgebracht wird. Es ist erstaunlich, was dieser Gelehrte alles juristisch gesehen und wie er fast jede einzelne einschlägige Vorschrift durchleuchtet hat! Es wäre vergebliche Mühe, hier einzelnes hervorheben zu wollen. Man müßte beinahe jeden einzelnen Paragraphen herschreiben. — Das Interesse der Praktiker dürften hauptsächlich — außer der reichlichen Kasuistik von Vertragstatbeständen zu § 611 und zu § 631 — Fragen wie die folgenden in Anspruch nehmen: § 611 Note 7 (Inhalt der Vertragspflicht), die Streitfragen aus § 615, — vgl. insbes. Note 3—5, — die „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" aus § 616 (Note 4—6), die daselbst Note 8 und 9 behandelten Streitfragen, die Gesichtspunkte des § 617, insbes. Note 1—6, die sehr wichtigen, auch theoretisch schwierigen Probleme der §§ 626, 628 und die zu § 626 gebrachte umfangreiche Kasuistik der „wichtigen Gründe", insbes. auch die a. E. sich findende reichsgerichtliche Brandmarkung des Differenzeinwandes, die eine — im wesentlichen schon der folgenden Berichtsperiode angehörige wissenschaftliche Polemik (zwischen v. Seeler und Nußbaum im A.bürgR.) hervorgerufen hat, — die praktisch bedeutsamen Fragen, wann und wie der Urlaub aus § 629 zu gewähren ist, und das einen breiten Raum in Anspruch nehmende Zeugnisrecht aus § 630. Minder zahlreich sind die Streitfragen im Werkvertrage, der überhaupt an Umfang und Bedeutung hinter dem Dienstvertrage zurücktritt. Hier sei vor allem für die Praktiker verwiesen auf die Streitfragen zu § 632 Note 4 (Vergütung von Entwürfen und Kostenanschlägen), § 639 (Garantieanspruch), §§ 640, 646 (Begriff der Abnahme und Annahme), § 648 (Sicherungshypothek) u. a. m.

Die Rechtsentwickelung in den erörterten Gebieten, insbes. im Dienstvertragsrecht, liegt fast ausschließlich in den Händen der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte, und RG.-Entscheidungen bilden eine Ausnahme. Die Bestrebungen, die Revisionssumme zu erhöhen, und in manchen Beziehungen auch das Gesetz betreffend die Kaufmannsgerichte drohen der privatrechtlichen Praxis auf dem Gebiete des Dienstvertragsrechts weiteren Abbruch zu tun. Auch aus diesem Grunde dürfte das im folgenden dargebotene Material willkommen geheißen werden. —

Literatur (zur Vorgruppe): Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrechte des Deutschen Reiches. I. Leipzig 1902.

Zu §§ 611 ff., 631 ff. Lotmar 9: Im Gegensatze zur Miete und zum Kaufe fallen für „die aus dem Arbeitsvertrage zu machende Leistung" . . . . . die „Qualitäten der Person meistens schwer ins Gewicht, weil hier die Leistung unter Einsatz der Person erfolgt, eine Tat ist".

10 betont er, daß die Regeln „den mannigfachen Verhältnissen besonders angepaßt sein müssen".

— — „Die Zunahme der gesellschaftlichen Fürsorge für den Arbeitsvertrag muß sich in steigender Differenzierung seiner Rechtsordnung kundgeben, womit die Rechtskultur vorschreitet." Es wird hierdurch „der gerechte Anspruch befriedigt, das Ungleiche ungleich zu behandeln" . . . .

Der Arbeitsvertrag bietet sich „als rechtlich geschütztes Subsistenzmittel allen denen an, die nicht imstande sind, einen Vermögensaufwand zu machen oder ein Kapital einzusetzen, um am Erwerbsleben teilzunehmen."

11: „Noch viel zahlreicher aber sind die Arbeitsverträge, bei denen der Arbeitnehmer von Arbeitsmitteln entblößt und auf den Entgelt gewährenden Arbeitsvertrag angewiesen ist, den er auf Grund seiner bloßen Arbeitskraft einzugehen vermag. Da seine Existenz in solchen Fällen an den Empfang des Entgelts geknüpft ist, so ist sein Interesse, den Entgelt nicht, auch nicht teilweise oder zeitweise vorenthalten zu sehen, seiner Lage nach das dringendste."

21 hebt er hervor, daß das Zivilrecht den Arbeitsvertrag nur in großen Zügen behandelt und seine generellen Vorschriften über die Schuldverhältnisse nicht auf die Sachleistung zugeschnitten sind.

28: Dienst- und Werkvertrag sind vom Gesetze nicht nach dem Tatbestande, sondern nur den Rechtsfolgen nach unterschieden. Sie sind zwei durch eine gewisse Differenz der Personen- und Arbeitsbeschaffenheit ausgezeichnete Typen des Arbeitsvertrags.

30 macht er darauf aufmerksam, daß nur der Arbeitnehmer des Dienstvertrags, nicht der des Werkvertrags aus wichtigem Grunde unbefristet kündigen kann.

31: Den Arbeitsvertrag definiert er als einen gegenseitigen obligatorischen Vertrag, in welchem die Vertragschließenden die Leistung von Arbeit durch den einen und die Leistung von Entgelt durch den anderen vereinbaren.

34: Volontärvertrag kein Arbeitvertrag. 35 Anm. 1, gegen Horrwitz und Staub.

35: Auftrag, Auftragsvertrag kein Arbeitsvertrag; vgl. 162.

35: Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag ist kein Arbeitsvertrag.

37: „Der gegenseitige Vertrag, der ein Arbeitsvertrag ist, unterscheidet sich von anderen gegenseitigen Verträgen durch die in ihm vereinbarten Leistungen, welche Arbeit und Entgelt sind."

Zuvörderst vom Gesellschaftsvertrage, den er für einen gegenseitigen Vertrag hält.

38/9: im § 705 werden nur die Rechtsfolgen des Gesellschaftsvertrags angegeben. Der Tatbestand besteht „in der gegenseitigen Zusage, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in bestimmter Weise zu fördern, insbesondere mittels Leistung von Beiträgen". Nach §§ 706 3, 733 2 auch Dienste bzw. Arbeit. „Ein Gesellschaftsvertrag, in dem ein Teil Arbeit zusagt, kommt insoweit mit dem Arbeitsvertrag überein. Und wodurch unterscheiden sie sich?"

39: 1. Förderung des gemeinsamen Zweckes. 2. Der Beitrag soll der Förderung des Zweckes dienen, ist nicht als Entgelt für die Arbeit versprochen.

39/40: „Während beim Arbeitsvertrage die Arbeit ökonomisch auf die Leistung des Gegners, den Entgelt, gerichtet ist, ist sie beim Gesellschaftsvertrage nicht auf die Leistung des Gegners, sondern beide Leistungen sind auf das nämliche Ziel gerichtet."

41 ff.: Vom Kaufvertrag unterscheidet sich der Arbeitsvertrag dadurch: „Arbeit kann nicht Kaufobjekt sein."

47: Die Arbeit ist nicht ein Vermögens-, sondern ein Kraftaufwand. Die Entfaltung der Arbeitskraft oder der Aufwand von Nerven- und Muskelsubstanz ist für das Recht kein Vermögensaufwand.

55: Das BGB. kümmert sich bei der Regelung seines Dienstvertrags nicht um die Person der Parteien und um die Art der übernommenen Arbeit. § 611 2: Dienste jeder Art. Jeder Unterschied in der Arbeitsart wird für irrelevant erklärt.

82: Es gibt „einen dem Innern angehörigen Punkt, in welchem der nationalökonomische und der juristische Begriff der Arbeit auseinandertreten" (s. o. 7, 47). „Die Arbeit im Rechtssinn ist für den, der sie verrichtet, kein Vermögensaufwand."

82/83 führt er aus, daß die Arbeit Vermögenszuwendung sein kann, (§§ 812, 138 2, 346, 845).

83: „Die Arbeit, welche für den, dem sie geleistet wird, eine Vermögenszuwendung bedeuten soll, ist niemals eine Vermögensaufwendung für den, der sie verrichtet".

88: „Es können die variablen Tätigkeiten fast aller der etwa zweihundert Berufe, die 1895 bei der Berufszählung im Deutschen Reiche erhoben

worden sind, Gegenstände von Arbeitsverträgen bilden, ohne Unterschied, ob sie berufsmäßig vorgenommen werden oder nicht".

90/91: „Für den Begriff des Arbeitsvertrags ist es belangslos, ob die Kontrahenten der Arbeit an sich, der Arbeit als solcher das Augenmerk zuwenden, indem sie das bei gehöriger Arbeit und Fernbleiben zufälliger Hindernisse unausbleibliche Resultat dreingehen lassen, oder ob sie die Arbeit von seiten ihres Ergebnisses in Betracht ziehen, ihre Intention auf dieses Ergebnis richten, indem ihnen die Tätigkeit als verlaufende nur als der unvermeidliche Weg zur Erreichung des bezweckten Ergebnisses erscheint. Denn wenn man letzterenfalls sagen kann, daß sie den durch die Arbeit herbeizuführenden Erfolg, das durch die Arbeit herzustellende Werk vereinbaren, so ist damit immerhin Arbeit vereinbart, da jener Erfolg oder jenes Werk nicht durch Zauber, sondern nur durch Arbeit herbeigeführt werden kann und mit der Zusage dieser Herbeiführung das dafür unentbehrliche Mittel der Arbeit zugesagt wird. Die Herbeiführung selbst ist Arbeit. Wer columnam transportandam verspricht, verspricht die Beförderung einer Säule, einerlei ob er die verlaufende Transportbewegung oder ihr Endresultat, die Versetzung der Säule an eine andere Stelle, sich vorstellt". Ebenso verhalte es sich mit dem Menschentransport. Kutscherarbeit bleibt Kutscherarbeit, ob er mich spazieren fahren oder zum Reichstagsgebäude befördern soll. Selbst in diesem Falle wird „durchaus nicht alles Gewicht auf das Ergebnis der Arbeit" gelegt, „nicht gänzlich von der Arbeit als solcher Umgang" genommen (z. B. wenn in gefährlicher Hast oder im langsamsten Tempo gefahren wird).

92: „Wenn eine menschliche Tätigkeit Arbeit ist, ... so muß sie dies ebenso dann sein, wenn ich in Gedanken und Worten von ihrem Resultat abstrahiere und sie „an sich" auffasse, als wenn ich umgekehrt in Gedanken und Worten von der Tätigkeit als solcher abstrahiere und mich nur an das Resultat halte".

92: Natürlich aber sei der besprochene Unterschied oder die doppelte Betrachtungsweise, „die die Arbeit zuläßt", die am Wesen des Arbeitsvertrags allerdings nichts ändere, keineswegs belanglos. „Um aber hier von Belang zu sein und die Rechtswirkung des Arbeitsvertrags zu beeinflussen, darf die eine oder die andere Betrachtungsweise nicht intern oder ideell bleiben, sondern muß im Tatbestande zum Ausdrucke kommen oder realisiert werden." (Entgelt!). — Zweierlei Form des Entgeltverhältnisses: „die Vergütung wird entweder mit der Arbeit an sich oder mit dem Arbeitsergebnisse, d. h. der Arbeit samt Ergebnis verknüpft."

„Die Arbeit an sich oder als solche, d. h. die Arbeit mit Abzug ihres Ergebnisses, ihrer Wirkung in der Außenwelt, bedeutet für den Arbeitgeber keinen Vorteil, keine Vermögenszuwendung. Für solche Arbeit (wenn man das noch so nennen darf) würde der Arbeitgeber kein Entgelt bewilligen, um solche Arbeit würde kein Arbeitsvertrag geschlossen werden. Der Entgelt wird stets im inneren Hinblick auf (93) die Arbeit einschließlich ihrer Wirkung bewilligt. Dagegen kann sehr wohl im Äußeren, nämlich im Arbeitsvertrage, bei der Aufstellung des Entgeltverhältnisses von der Wirkung der Arbeit abstrahiert werden, weil ihre Wirkung als regelmäßig unvermeidliche Begleiterin der Arbeit angesehen wird". (Hieraus die Grundformen: Zeitlohnvertrag und Akkord.)

94 betont er, daß auch die Art der Arbeit der Direktion Raum gibt. „Denn der Artbegriff ist nicht so fest, daß nicht, obwohl der Arbeitsvertrag über eine gewisse Art von Arbeit geschlossen worden ist, beim Vollzuge die Anordnung dieser oder jener Unterart Platz fände, also daß selbst die Art der Arbeit der Direktion unterfallen kann" (Dienstmädchen für alles, das waschen, plätten,

frisieren muß; der landwirtschaftliche Arbeiter muß melken, pflügen, mähen, dreschen).

95: Möglichkeit vertraglicher Beschränkung, doch nur selten „so intensive Fixierung“, „daß dem Vollzuge keinerlei Spielraum bleibt“.

Weitere Bemerkungen über die Arbeit als Vermögenszuwendung im Gegensatze zur Aufwendung.

102: „Während die Arbeit für den, der sie verrichtet, d. h. die persönliche Arbeitskraft entfaltet, rechtlich keinen Vermögensaufwand bildet (82), liegt ein solcher in der Verwendung fremder Arbeit. Dadurch, daß der Arbeitnehmer eine zu seiner Verfügung stehende, ihm von Dritten zuzuwendende Arbeit seinem Arbeitgeber zuwendet, macht er einen Vermögensaufwand, er lenkt die von ihm selbst (durch die Arbeit des Dritten) erlangbare Vermögenszuwendung auf seinen Arbeitgeber ab und befreit sich diesem gegenüber von einer Verbindlichkeit. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er die Arbeit des Gehilfen zu entgelten hat oder nicht; der Vermögensaufwand besteht nicht im Entgelte (den er dem Dritten zu entrichten hat), sondern in der Verwertung der fremden zu seiner Verfügung stehenden Arbeit für seinen Arbeitgeber“.

128: Daß durch die Arbeit eine Vermögenszuwendung gemacht wird.

135: „Was die Natur des Entgelts im Arbeitsvertrag anlangt, so ist dieser Entgelt vor allem kein Schadenersatz, keine Entschädigung“ (obwohl oft fälschlich so genannt), . . . „eine Mißnennung, die wahrscheinlich daher kommt, daß der Ausdruck Vergütung, der für jenen Entgelt im Gebrauch ist, auch zur Bezeichnung der Entschädigung verwandt wird.“

Ein Schade liege nicht vor.

136: „Soweit sie vom Arbeitnehmer verrichtet wird, erleidet er durch die Verrichtung der Arbeit keinen Schaden, sowohl darum, weil sein Vermögen nicht größer sein würde, wenn er sie nicht verrichtet hätte, als darum, weil man rechtlich nicht selber sich einen Schaden zufügen kann. Soweit hingegen die Arbeit von einem Dritten verrichtet wird, ist dies zwar ein Vermögensaufwand des Arbeitnehmers, wenn nämlich die dem Arbeitgeber zugewandte Arbeit (eine Vermögenszuwendung) von Dritten dem Arbeitnehmer geschuldet oder demselben zugedacht war (102).“

136: „Der Entgelt im Arbeitsvertrag ist ferner nicht Ersatz von Aufwendungen oder Erstattung von Auslagen des Arbeitnehmers, sondern Entgelt für die vereinbarte Arbeit, und Aufwendungen oder Auslagen sind nicht Arbeit (s. auch Anm. 1: sie fügen auch dem Arbeitnehmer keinen Schaden im Rechtssinne zu . . .). Durch jenen Ersatz oder jene Erstattung wird dem Arbeitnehmer nur wieder verschafft, was vorher in seinem Vermögen gewesen ist und dessen er sich entäußert hat; hingegen mit dem Arbeitslohn macht er einen neuen Erwerb, erlangt er etwas für sein Vermögen, das sich vorher noch nicht in demselben befunden hat“.

139 ff. beschäftigt er sich nur mit Ersatz für Auslagen.

143 ff.: In dem Falle, „daß die Arbeit nicht oder nicht gänzlich vom Arbeitnehmer, sondern von Dritten verrichtet wird“ . . . „bedeutet die Leistung der Arbeit für ihren Schuldner, den Arbeitnehmer nicht bloß einen Kraft-, sondern auch einen Vermögensaufwand (102). Allein hierdurch wird die Natur des Entgelts nicht geändert, er ist auch in diesem Falle nicht Ersatz eines Vermögensaufwandes. Es versteht sich sozusagen von selbst, daß die wesentliche Leistung des Arbeitgebers nur eine Natur haben kann, daß sie nicht, je nachdem die Arbeit für den Arbeitnehmer einen Vermögensaufwand involviert oder nicht, verschieden ist. Sie steht aber . . . . . in rechtlichem Konnex nicht zu der Aufwendung, die der Arbeitnehmer macht, sondern zu der Zuwendung, die

dem Arbeitgeber gemacht wird; und für dieses Verhältnis ist es belanglos, ob die zu leistende Arbeit vom Arbeitnehmer selbst oder von Gehilfen verrichtet wird."

147 ff.: „Die Vergütung im Arbeitsvertrag ist . . . . nicht Schadensersatz und nicht Auslagenersatz; sie steht überhaupt innerhalb des Vertrags nicht in logischem, ökonomischem oder rechtlichem Verhältnisse zu dem, was der Arbeitnehmer aufwendet, sondern zu dem, was er dem Arbeitgeber zuwendet".

148: . . Die Vergütung . . . „entgilt die Leistung des Arbeitnehmers nach ihrer dem Arbeitgeber zugekehrten Seite, nämlich als eine ihm gemachte Zuwendung; denn nur durch das, was die Arbeit dem Arbeitgeber, nicht durch das, was sie dem Arbeitnehmer bedeutet, wird der Arbeitgeber zu einer Gegenleistung bewogen."

149: „Für den Arbeitgeber bildet die Vergütung oder ihre Zusage das Mittel zur Erlangung der Arbeit, wie andererseits für den Arbeitnehmer die Arbeit das Mittel ist zur Erlangung des Entgelts". . .

„Die Vergütung steht ferner in einem ökonomischen Zusammenhange mit der Arbeit, indem sie dazu bestimmt ist, für das, was durch die Arbeit in das Vermögen des Arbeitgebers eingeht, tauschweise etwas anderes in das Vermögen des Arbeitnehmers eingehen zu lassen. Insofern bildet die Vergütung, ohne Rücksicht auf ihren Umfang, ein dem Arbeitnehmer zugedachtes Äquivalent für die Arbeit. Es wird durch sie die Vermögenszuwendung, die der Arbeitnehmer mittels der Arbeit dem Arbeitgeber macht, aufgewogen, im Rechtssinn eine Bereicherung des Arbeitgebers ausgeschlossen, indem (150) reziprok von ihm dem Arbeitnehmer eine Vermögenszuwendung gemacht wird".

153 sagt Lotmar: „Um Vergütung zu sein, muß die Leistung des Arbeitgebers fähig sein, zu entgelten, muß sie für den Arbeitnehmer eine Vermögenszuwendung sein" . . .

157: „Die in Tun bestehende Vergütung stellt sich als Arbeit dar. Daß Arbeit den Entgelt von Arbeit bilden könne, entspricht den Erfordernissen des Entgelts als einer Vermögenszuwendung . . und ist mit dem Begriffe des Arbeitsvertrags vereinbar."

In solchen Tatbeständen ist jeder Teilnehmer Arbeitgeber in Ansehung der Arbeit, die ihm zu leisten ist, und zugleich Arbeitnehmer in Ansehung der Arbeit, die er zu leisten hat. (Z. B.: Ein Schiffskapitän läßt eine Person „sich herüberarbeiten". Vertrag des Theaterunternehmers mit dem Referenten von der Zeitung.)

Verschieden hiervon sind die Vorgänge des „Systems der Gegenarbeit" (159 ff.), insbesondere im Baugewerbe: „Bauen auf Gegenrechnung", „auf Gegenseitigkeit". Die sogenannte Gegenarbeit ist keine Gegenleistung, sondern nur Leistung an Erfüllungsstatt, § 364 (160).

Demgegenüber sind im Dienst- und Werkvertrage (160 ff.) vom BGB. zwei Parteien als Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterschieden. Die Verschiedenheit der Rechtsstellung des „zur Dienstleistung Verpflichteten" von der des „Dienstberechtigten" gehört zu dem Dienstverhältnisse. Die Vergütung kann beim Dienstvertrag nicht in Arbeit bestehen, ebensowenig beim Werkvertrage. — Doch können der Dienstberechtigte oder der Besteller nebenbei zu einer Arbeitsleistung verbunden werden, z. B. in ländlichen Verhältnissen häufig (162).

Unter den Arten der Vergütung haben die Kontrahenten in der Regel die Wahl, soweit die Vertragsfreiheit nicht etwa durch Gesetz (z. B. Beförderung durch Eisenbahnen) oder Tarifverträge beschränkt ist. Gegenüber der „Geldvergütung" kann man „Naturalvergütung" oder „Naturallohn" unterscheiden.

Über den Umfang der Vergütung 164 ff. Der Betrag kann durch den

Vertrag in ganzem Umfang, in welchem sie die Gegenleistung der Arbeit bilden soll, bestimmt sein, aber auch als Entgelt nur für einen gewissen Betrag der vereinbarten Arbeit festgesetzt sein, für einen Bruchteil. Der Umfang kann ferner absolut oder relativ (noch durch eine andere Quantität als die Arbeit) bestimmt sein.

Die Vergütungszeit, die Zahlungszeit (165) gehört zu den Entgeltsbestimmungen und bildet das Gegenstück der Arbeitszeit.

Was die Personen anbelangt (166), so wird nur das allgemeine Erfordernis der Geschäftsfähigkeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, event. das der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters aufgestellt. — Im folgenden näheres über Fälle von Empfangsbevollmächtigten, in denen das Entgelt statt vom Arbeitnehmer von einem Dritten mit Liberationswirkung in Empfang genommen werden kann (169).

Wegen der Entgeltszusage kann der Arbeitsvertrag ungültig sein, indem er nicht, oder nicht so, wie unternommen, zustande kommt oder aufrecht bleibt (170 ff.). Es kommen in Betracht: der Einfluß der Größe: a) Nichtigkeit nach § 138 Abs. 2: Hungerlöhne (172); b) oder aber: nach § 138 Abs. 2 ist der Entgelt des Arbeitnehmers zu groß: z. B. auf dem Gebiete der Stellenvermittelung (172); c) falls § 138 Abs. 2 nicht vorliegt, Anfechtbarkeit wegen Übermäßigkeit des Entgelts (173 ff., BGB. § 655, HGB. § 741; § 93 der GebO. f. RA.); d) Fälle partieller Nichtigkeit (174 ff.): § 20 des Ges. betr. die Abänderung der UnfallversGesetze, § 7 EisenbVerkO., §§ 73—78 RGO. bei Tarifverträgen.

Erklärt das Gesetz die Entgeltszusage für unverbindlich (175), so kann, auch, wenn die Arbeit rechtlich zulässig ist und unentgeltlich übernommen werden kann, ein Arbeitsvertrag nicht zustande kommen. BGB. § 656; Postgesetz § 1; § 1 der EisenbVerkO.

Über § 138 Abs. 1 s. 176 Ziff. 3.

Die Vereinbarungen der Arbeit und des Entgelts bilden die wesentlichen Bestandteile des Arbeitsvertrags. Im folgenden (177 ff.) untersucht er die Frage, ob nicht auch gewisse andere Vereinbarungen fehlen müssen, damit ein Arbeitsvertrag gegeben sei: es muß auch noch die Abwesenheit einer gewissen weiteren Vereinbarung erfordert werden. — In diesem Zusammenhang untersucht er die Tatbestände, in denen von derjenigen Partei, welche die Entgeltszusage empfängt, eine Arbeits- und eine Sachleistung versprochen wird. Diese Sachleistung ist entweder Veräußerung oder Gebrauchsüberlassung. Besteht die Entgeltszusage in einer Geldleistung, so ist die Sachleistung da, wo sie Veräußerung ist, Verkäufer- und da, wo sie Gebrauchsüberlassung ist, Vermieterleistung. Von Veräußerung und Verkäuferleistung ist nur die Rede, wo eine Sache zur Hingabe und Übereignung kommt. § 651 steht nicht entgegen (180). S. auch unten zu § 651.

In diesen Tatbeständen muß entschieden werden, ob man es mit mehreren Verträgen oder nur mit einem Vertrage zu tun hat; — die häufigsten und wichtigsten sind gesetzlich geregelt: die Vorschriften entscheiden sich für Einheit des Vertrags (Absorption). Auf die Konkurrenz von Arbeit und Veräußerung (Verkäuferleistung) beziehen sich: BGB. § 651 Abs. 1 Satz 1, 2; HGB. § 381 Abs. 2; HGB. § 406 Abs. 2; BGB. §§ 675, 670; GewO. § 119b; BGB. § 651 Abs. 2; BGB. § 651 Abs. 1 Satz 3 (185). Auf die Konkurrenz von Arbeit und Gebrauchsüberlassung (Vermieterleistung) beziehen sich: BGB. §§ 675, 670; HGB. III Abschn. 6, 7; IV Abschn. 4; Binnenschiffahrtsgesetz Abschn. 4; EVO. VIII; EVO. III; HGB. IV Abschn. 5; Auswanderungsgesetz (188). —

Ungeregelt bleiben folgende Fälle, in denen versprochen wird: Arbeit und Veräußerung, ohne daß die Herstellung einer Sache vereinbart wird; Arbeit und Veräußerung, wo aber, abgesehen von der Veräußerung, Dienstvertrag vorliegt; Arbeit und Gebrauchsüberlassung (189). Als gemeinsames Merkmal dieser Absorptionsfälle kommt nicht die Einheit der Zeit oder die des Entgelts in Betracht. Es bietet sich von selbst das innere Verhältnis dar, in welchem die entgoltenen Leistungen zueinander stehen: es ist das der relativen Selbständigkeit oder Unselbständigkeit. Die Selbständigkeit besteht darin, daß die eine Leistung der anderen für den Vollzug nicht bedarf, nicht eine durch die andere ermöglicht wird, mag auch der Empfänger oder Gläubiger die eine um der anderen willen sich ausbedungen haben, weil seinem Interesse mit der einen allein nicht gedient ist (Beispiele 191, 192). Hier liegt überall kumulativ Kauf oder Miete und Arbeitsvertrag vor, — wenn auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Abrede die kumulierten Verträge in ein gewisses Korrespondenzverhältnis gesetzt sein können (193). Im Falle der Absorption besteht unter den Leistungen selbst ein Abhängigkeitsverhältnis, die eine bedarf zur Vollziehung der anderen, indem sie durch sie ermöglicht oder vervollständigt wird (näheres 193, 194 im Anschluß an die obigen Fälle). Dies gilt auch für die gesetzlich nicht geregelten Fälle: maßgebend für die Absorption ist das innere oder praktische Verhältnis der Unselbständigkeit (Beispiele 195: Pensionsverträge, Vertrag über die Veredelung hingegebener Sachen, über das Halten von Kostkindern, über die Krankenpflege in Heilanstalten). —

196 ff. über die obigen Fälle der Konkurrenz von Arbeit und Gebrauchsüberlassung (Verträge über Beförderung durch Droschken, Omnibus, Straßenbahnen; Theaterbesuchsverträge; Vertrag mit dem Reitlehrer, der das Pferd stellt; mit einer Badeanstalt usw.). — Es kommt also für den Begriff des Arbeitsvertrags darauf an, ob die Sachleistung dreingeht und vom Arbeitsvertrag involviert wird oder ob sie die Oberhand hat und ihretwegen Kauf oder Miete platzgreift. Es ergibt sich die Notwendigkeit einer Ergänzung der Definition dahin, daß neben Arbeit nicht eine Sachleistung vereinbart sein darf, durch welche die Arbeitsleistung absorbiert und das Aufkommen des Arbeitsvertrags verhindert wird (200). — Es fragt sich nunmehr, welche von den zwei zusammen vereinbarten Leistungen — die Arbeit oder die Sachleistung — absorbiert wird, welcher Rechtscharakter dem einen Vertrag zukommt. Es ergeben sich drei Möglichkeiten: Kauf, — Arbeitsvertrag, — Werklieferungsvertrag. — 201 ff. näheres über die Natur des absorbierenden Vertrags bei Gebrauchsüberlassung. Wo die Gebrauchsüberlassung dreingeht, liegt nur ein Arbeitsvertrag vor, bei entgegengesetzter Lagerung des Falles Miete. Wird eine Geschäftsbesorgung durch Dienst- oder durch Werkvertrag vereinbart und dem Arbeitgeber eine Gebrauchsüberlassung als Aufwendung zum Zwecke der Geschäftsbesorgung zugesagt, so bleibt der Vertrag Arbeitsvertrag, Dienst- oder Werkvertrag. Die Gebrauchsüberlassung ist hier der Arbeit untergeordnet. In allen obigen Verträgen (wie Haltefrau, Pensionat, Heilanstalt, Droschken, Omnibus, Straßenbahn, Theater-, Konzertunternehmer, Reitlehrer) liegen Arbeitsverträge und nicht Mieten vor; welchem Typus ein jeder dieser Verträge angehört, ist eine sekundäre Frage. — Wo die Arbeit die der Gebrauchsüberlassung untergeordnete Leistung ist, liegt Mietvertrag vor. Hier bildet die Arbeit eine Nebenleistung. Es gibt auch Miete an künftigen — erst herzustellenden — Sachen. § 651 steht nicht entgegen (205). —

Über die Natur des absorbierenden Vertrags bei Zusammentreffen von Arbeit und Veräußerung 206 ff. Hier untersucht er die Frage, ob in denjenigen

Fällen, wo Veräußerung zusammentrifft mit Arbeit, die weder Herstellung einer Sache noch Geschäftsbesorgung ist, bei der die Veräußerung als Aufwendung zum Zwecke der Geschäftsbesorgung erfolgt, der eine Vertrag Kauf oder ein Arbeitsvertrag ist. Es ist der gleiche unterscheidende Gesichtspunkt maßgebend, nach dem zwischen Arbeitsvertrag und Miete (oben) unterschieden wird. Wo die Arbeit der Veräußerung untergeordnet ist, liegt Kauf vor (Beispiel: der Gast, der Speise und Trank im Gasthause bestellt; Nebenleistungen: die Bedienung, das Decken usw.). Wo die Veräußerung der Arbeit untergeordnet ist, ist Arbeitsvertrag gegeben (Beispiele: die Verträge zur Veredelung oder Bearbeitung von Sachen; die den Insassen einer Erziehungsanstalt gewährten Lebens- und Lehrmittel usw.). —

Besonderes über den Werklieferungsvertrag 208 ff., dessen Begriff an dem Unterschiede von vertretbarer und unvertretbarer Sache hängt. Vgl. darüber unten zu § 651.

Über den unwesentlichen Inhalt von Arbeitsverträgen 217 ff. Er unterscheidet Ausführungsbestimmungen, welche die zwei wesentlichen Leistungen von Arbeit und Entgelt näher bestimmen, als für das Vorhandensein einer Arbeit- oder Entgeltvereinbarung notwendig ist, Änderungsbestimmungen, durch welche die gesetzlich vorgesehene Rechtswirkung des Arbeitsvertrags alteriert wird, und Zusatzbestimmungen, welche neue Gegenstände betreffen, namentlich fernere Leistungen festsetzen (s. Beispiele und Einzelheiten 217—227). Im folgenden darüber, daß dieser Inhalt großenteils nicht von den Parteien des fraglichen Arbeitsvertrags ausgewählt und vereinbart zu sein braucht, sondern vorgezeichnet sein kann (227—236), und darüber, daß die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags teils sich nach seinem Inhalte richten, teils aber solche sind, welche das Recht an den Vertrag knüpft, ohne daß ein entsprechender Inhalt in den Vertrag aufgenommen worden ist (236—246). „Unter „vertragsmäßiger Leistung" ist nicht bloß diejenige zu verstehen, welche im Vertrage verlautbart worden ist, sondern auch jede ohne solche Verlautbarung vom Gesetz einer Vertragspartei auferlegte" (245).

246—264 erörtert er unter der Überschrift „Eingehung" einige das Zustandekommen des Arbeitsvertrags betreffende Punkte: die Frage nach der äußeren Form des Arbeitsvertrags, inwiefern Schriftlichkeit für seine Eingehung erforderlich ist, — nach der persönlichen Beschaffenheit seiner Urheber, d. i. die Frage, welchen Einfluß der Mangel der Handlungsfähigkeit und ferner das Vorhandensein einer persönlichen, besonders verwandtschaftlichen oder ehelichen Beziehung unter den Paziszenten auf die Eingehung besitzt, — drittens die Frage nach der Freiwilligkeit der Eingehung, d. h. inwiefern eine Rechtspflicht besteht, einen Arbeitsvertrag einzugehen, oder sich solcher Eingehung zu enthalten.

Mit der Erörterung dieser Fragen erklärt der Verfasser die Behandlung des Wesens des Arbeitsvertrags für abgeschlossen. Im folgenden (264—328) handelt er dann noch von den in den Gesetzen enthaltenen Typen des Arbeitsvertrags, als welche diejenigen Verträge gelten, in denen Arbeit gegen Entgelt vereinbart wird, ohne daß durch eine neben die Arbeitszusage gestellte Zusage einer Sachleistung die Arbeitsleistung absorbiert und dadurch der Kontrakt zum Kaufe oder zur Miete gemacht wird. Arbeitsvertragstypus ist der Arbeitsvertrag bald wegen des ihn auszeichnenden gesetzlichen Namens, bald als ein von gewissen Personen in Ausübung ihres Berufs geschlossener. Er erörtert:

1. den Dienstvertrag (265 ff.). Er ist Arbeitsvertrag vermöge der Verleihung eines Eigennamens an den gesetzlichen Tatbestand. Das BGB. versteht unter den Diensten und Dienstleistungen, Arbeiten: arg. § 618 Abs. 2

(Arbeitszeit), § 615 (Verwendung seiner Dienste = Verwendung seiner Arbeitskraft); auch außerhalb der §§ 611 ff. bedeutet das Wort „Dienste" Arbeit (§§ 196 Nr. 7, 14; 346; 631 Abs. 2; 706 Abs. 3; 733 Abs. 2; 845; 617; 1835 Abs. 2); in den §§ 196 Nr. 1; 1367; 1427 Abs. 2; 1578 Abs. 1; 1585 Abs. 1; 1601 Abs. 2; 1651 Abs. 1 Nr. 1 schließt die dort bezeichnete „Arbeit" die aus Dienstverträgeu zu leistenden Dienste ein. — Auch der Arbeitsvertrag des Gesindes ist ein Dienstvertrag.

2. den Werkvertrag (269 ff.). Terminologisch: In den §§ 631, 638, 645, 648 kommt der Ausdruck „Arbeit", in den §§ 642, 649 der Ausdruck „Arbeitskraft" vor. — Innerlich ergeben die §§ 645 und 648, daß Arbeit und Vergütung einander als Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen, ferner die §§ 642 und 649, daß der Unternehmer durch Vollzug des Werkvertrags eine Verwendung seiner Arbeitskraft vornimmt. Ferner § 631: Der Unternehmer verspricht ein Werk, das erst noch hergestellt werden soll. Werktätigkeit ist Arbeit. Sowohl die Herstellung als auch die Veränderung einer Sache des Abs. 2 ist Arbeit. Bei dem durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg muß Arbeit oder Dienstleistung versprochen sein. — Aus § 675 ergibt sich, daß die Geschäftsbesorgung auch als Gegenstand eines Werkvertrags Arbeit sein muß. — Da Dienstleistung zweifellos Arbeit bedeutet (s. o.), so muß der Begriff dasselbe bedeuten auch da, wo es nicht auf Vollzug eines Dienstvertrags durch den Arbeitnehmer geht. Dienstleistung kann auch im Werkvertrage vorkommen und vom Unternehmer ausgehen. — Im § 196 Nr. 1 ist der Besorgung fremder Geschäfte, die Arbeit darstellt, die „Ausführung von Arbeiten" koordiniert. Die Ansprüche wegen dieser Arbeit unterliegen natürlich der kurzen Verjährung in gleicher Weise, ob sie aus einem Dienst- oder Werkvertrage herrühren. — In den §§ 1367, 1427, 1578, 1585, 1602, 1651 Nr. 1 ist von Erwerb „durch Arbeit" und von „Ertrag der Arbeit" die Rede. Die Nichtanwendung dieser Stellen für die Vergütung aus einem Werkvertrage wäre ungerecht und töricht. — Nach alledem steht fest, daß im Werkvertrag Arbeit gegen Entgelt zugesagt wird.

3. Den Dienst- und Werkvertrag über Geschäftsbesorgung des § 675 (274 ff.). Geschäftsbesorgung (Gb.) bedeutet das gleiche wie beim Auftrage. — Sie ist Arbeit, oft auch Sachleistung, nie aber immer Sachleistung, und nicht jede Arbeit ist Gb. — Sie ist vorzüglich, aber nicht ausschließlich Vornahme von Rechtsgeschäften. — Sie umfaßt aber nicht jede außerhalb der Vornahme von Rechtsgeschäften liegende Arbeit. Er fragt nach den Grenzen dieser Gb. — Anhaltspunkte: a) die gesetzlichen Beispiele des § 831; b) der hierher gehörige Begriff von Gb. als Besorgung eines vom Geschäftsherrn übertragenen Geschäfts, das vor der Übertragung oder Übernahme dem Geschäftsherrn zusteht; c) der gemeine Sprachgebrauch von „Geschäftsbesorgung", der folgendes lehrt: α. die Arbeit der Urproduktion pflegt nicht als „Geschäftsbesorgung" bezeichnet zu werden; β. es ist ungebräuchlich, von Gb. zu reden, wo bloß gewerbliche Arbeit im Sinne der Nationalökonomie verrichtet wird, nämlich Formänderung von Rohstoffen: Stoffumwandelung oder Stoffveredelung; γ. von Gb. ist nicht die Rede, wo die Arbeit an oder mit der Person des Arbeitgebers verrichtet wird. Vgl. über den Begriff der Gb. u. zu § 675 Note 1.

4. Den Mäklervertrag (281 ff.). Auf ihn sind die Vorschriften des Dienst- und Werkvertrags und die des Auftrags nicht anwendbar. Die Tätigkeit des Mäklers (§ 652) ist nach Inhalt und Ausdruck Arbeit. Sie ist in obligatione und nicht bloß in conditione: der Lohn wird versprochen für den Nachweis, für die Vermittelung, — nicht bloß für den Fall des Nachweises oder der Vermittelung (§§ 652, 655). Im § 652 wird von Vergütung gesprochen;

hier ist sogar unmittelbar die dem Mäkler übertragene Leistung zugesagt, die also auch von ihm übernommen ist. Leistung bezeichnet etwas in obligatione Befindliches. Wer ferner den Mäklerlohn verspricht, will auch den Mäkler binden und sich haftbar machen. — Nach alledem wird der Mäkler zum Schuldner gemäß §§ 276, 278; er ist Arbeitnehmer und der Vertrag ein Arbeitsvertrag.

5. Den entgeltlichen Verwahrungsvertrag (285 ff.). Ihm ist im BGB. kein eigener Titel gewidmet. Bei dem Vertrag, in welchem Aufbewahrung versprochen wird, hat das Gesetz dem Unterschiede von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit in der Terminologie keine Rechnung getragen: sie heißen beide „Verwahrungsvertrag". Nur der entgeltliche ist Arbeitsvertrag. Der Verwahrer entfaltet Tätigkeit, Arbeit; vgl. auch HGB. § 354. Zweitens tritt der Arbeitszusage die Entgeltszusage gegenüber, die als stillschweigend erteilt betrachtet wird, wenn die Arbeit, hier die Aufbewahrung, nur gegen Entgelt zu erwarten ist. Vgl. auch noch § 689: Vergütung für die Aufbewahrung. Der entgeltliche Verwahrungsvertrag kann kein Dienst- oder Werkvertrag, der unentgeltliche kein Auftrag, die Aufbewahrung auch keine Geschäftsbesorgung sein.

289 ff. Typen des Arbeitsvertrags, welche im HGB. wurzeln; sie sind teils gar nicht, teils nicht allein durch Verleihung eines Eigennamens vom Gesetz als Typen ausgezeichnet; es kommt bei ihnen auf die Person der Parteien an; der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer muß ein Kaufmann sein. Vertrag mit Handlungsgehilfen (290), mit Handlungslehrlingen (291), Handlungsagent, Handelsmäkler (291), Kommissionsgeschäft (293), Speditionsgeschäft, Lagergeschäft, Frachtgeschäft, Dienst- oder Heuervertrag usw., — s. 294 ff., Verlagsvertrag (297 ff.). — Über den gewerblichen Arbeitsvertrag 298 ff. Über den Arbeitsvertrag, den der Rechtsanwalt mit dem Klienten schließt, s. 315. Nur die Regeln des Dienst- und Werkvertrags sind verwendbar. Die rechtsanwaltschaftliche Berufstätigkeit ist Geschäftsbesorgung gemäß § 675. — 316 über den Dienst- oder Heuervertrag der Seem.-O., über die Arbeitsverträge des Binnenschiffahrtsgesetzes 317, des Flößereigesetzes 319, über den Beförderungsvertrag 321, über die Arbeitsverträge mit der Post 322, über den Eisenbahntransportvertrag 323. —

323 ff. zusammenfassend über die Frage, ob man zu einer Zusammenfassung verwandter Typen und dadurch zu einer Einteilung des Arbeitsvertrags gelangen könne, indem man von der im Arbeitsvertrage zugesagten Arbeit ausgeht. Er legt dar, daß sich diesem Versuche die gesetzliche Behandlung des Dienst- und Werkvertrags entgegenstellt. Sie lassen sich den anderen Verträgen nicht koordinieren, weil weder dem Dienst- noch dem Werkvertrag eine Art der Arbeit eigentümlich ist; das BGB. erfordert nicht positiv gewisse Dienste, sondern schließt nur gewisse Tätigkeiten (des Mäklers, des Verwahrers) von den beiden Typen aus.

Im folgenden (328—344) legt er dar, daß die der Aufgabe allein entsprechende Systematisierung nur die rein auf die Tatbestände gestellte Ordnung sein kann. Nicht einer der beiden Bestandteile des Arbeitsvertrags für sich — die Entgelt- oder die Arbeitszusage — kann zum Einteilungsmaßstabe genommen werden, sondern nur die Beziehung, die zwischen diesen Bestandteilen obwaltet. Entweder ist die Vergütung für die Arbeit schlechthin, d. i. die Arbeit samt ihrem Erfolg, oder aber für die Arbeit einer gewissen Länge, für einen Zeitabschnitt zugesagt. Hieraus ergeben sich die beiden Grundformen des Akkordes und des Zeitlohnvertrags, — über Einheitsakkord und Stücklohnvertrag 335; diese Einteilung ist erschöpfend, weil sie keinen Arbeitsvertrag ausschließt. Der einen oder der anderen Grundform ist jeder Arbeitsvertrag angepaßt. Die Unterscheidung geht bei jedem Arbeitsvertrag auf den Grund.

Der Gegensatz entspricht dem von locatio operis und locatio operarum, was meist verkannt wird, — nicht aber deckt sich Zeitlohnvertrag und Akkord mit Dienstvertrag und Werkvertrag; der Dienstvertrag kommt sowohl in der Form des Akkordes als in der des Zeitlohnvertrags vor, der Werkvertrag ist auf die Akkordform beschränkt.

Der Untersuchung dieser beiden Grundformen soll der — zur Zeit der Drucklegung dieser Auszüge noch nicht erschienene — zweite Band gewidmet sein. S. Lotmar 30.

In den folgenden Abschnitten des ersten Bandes wendet sich Lotmar, nachdem er das Wesen des Arbeitsvertrags untersucht, ihn von anderen Kontrakten abgegrenzt, seine Bestandteile einzeln ins Auge gefaßt und einen Überblick über die gesetzlichen Typen gegeben hat, in weiteren fünf Abschnitten „Gegenständen zu, welche über diesen Unterschied (die Grundformen) erhaben sind" (30): der Zahlungszeit, der Arbeitszeit, der Vertragszeit, der Naturalvergütung und dem Tarifvertrage.

Sechster Titel.

Dienstvertrag.

Vorbemerkung. S. oben zu §§ 611 ff., 631 ff.

Literatur: Baum, Handbuch für Gewerbegerichte. Berlin 1904. — Bernau, Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, Iherings J. **44** 225 ff. — Eck-Leonhard, Vorträge; s. Literatur zum 4. Titel. — Flügge, Das Recht des Arztes zum Gebrauch für den Arzt nach den reichsrechtlichen und den preußischen landesrechtlichen Bestimmungen dargestellt Berlin-Wien 1903. — Lotmar; s. Literatur oben vor §§ 611 ff., 631 ff. — M. v. Schulz und Dr. R. Schalhorn, Das Gewerbegericht Berlin. Berlin 1903. — Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag. Stuttgart 1903. — F. C. Zitelmann, Über die Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern der Aktiengesellschaften vor Ablauf ihrer Wahlperiode, nach altem und neuem Recht, Goldschmidts Z. 52 30 ff.

§ 611. 1. Dienst- und Werkvertrag.

Eck, 509: Dienst- oder Werkvertrag liegt vor, je nachdem die Dienste unmittelbar nach Art und Dauer versprochen werden, oder ihr Ziel und Produkt. Letzterenfalls ist bei dem Fehlschlagen des Erfolges auch kein Lohn zu zahlen. In dieser Bemerkung erblickt Leonhard 510 Anm. 1 eine Verbesserung der üblichen Lehre. Er bemerkt: Ein Erfolg wird bei jeder Arbeit erstrebt, auch bei den Leistungen des Dienstvertrags. Entscheidend ist nur, welcher Erfolg bezahlt wird, ob ein einziger Enderfolg (Werkvertrag) oder eine Reihe gleichartiger Arbeitserfolge (Dienstvertrag). Nur wo das erstere der Fall ist, kann man eine Reihe von Diensten als „Werk" bezeichnen. Hätte man den Dienstvertrag als eine Summe gleichartiger Werkverträge behandelt, so würde z. B. jede einzelne mangelhafte Dienstleistung der Wandelung unterliegen.

GG. Berlin v. 12. 3. 94 bei Baum 152 ff. eingehend über den Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag (opus und operae) nach früherem Rechte bezüglich eines Falles, wo Maurer zur Ausführung von Maurerarbeiten gegen Stundenlohn angenommen waren. S. auch IDR. **1** zu § 611 Note 1.

2. Dienst- und Gesellschaftsvertrag.

RG. Gruchots Beitr. **47** 401 ff., JW. **03** Beil. 16 (vgl. auch u. Note 9): Es spricht nicht gegen das Vorliegen eines Dienstvertrags, daß das Vertragsverhältnis mit dem Tode des Bediensteten nicht erlöschen soll, da der Bedienstete nur im Zweifel die Dienste in Person zu leisten hat (§ 613 BGB.) und sein Tod nur im Zweifel den Dienstvertrag beendet (§§ 673, 675 BGB.). Auch kann

der in einem Geschäft angestellte Bedienstete am Gewinne beteiligt und deshalb bei Festsetzung der Preise zugezogen werden.

Dienstvertrag und nicht Gesellschaftsvertrag liegt vor, wenn von den Vertragskontrahenten nur der eine Eigentümer aller in das Geschäft eingebrachter Gegenstände wird und bleibt.

3. Bürgerlicher und gewerblicher Dienstvertrag.

Schalhorn, GewGer. **4** 7, SozPr. **10** 8, v. Schulz-Schalhorn 154 ff. führt aus: Die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag finden auf den gewerblichen Dienstvertrag nur insoweit Anwendung, als sich aus dem Inhalt und Sinne der Paragraphen der GO. Regeln nicht entnehmen lassen. Sie ergänzen lediglich die Bestimmungen der GO.

a) Es scheiden diejenigen Bestimmungen des BGB. aus, welche von den entsprechenden der GO. ausdrücklich abweichen:

α. §§ 621, 623, — die GO. verlangt regelmäßig vierzehntägige Kündigung, und es sind ferner die Kündigungsvorschriften der GO. allgemein, ohne Rücksicht auf die Art der Leistung gegeben (§ 122); auch als Auslegungsregeln kommen sie kaum in Frage.

β. § 626; ausschließlich maßgebend sind §§ 123, 124 GO., doch gilt jeder Auflösungsgrund der GO. als ein „wichtiger" im Sinne des § 626 und ermöglicht die Anwendung wenigstens des § 628 BGB. (S. auch unten zu § 626 Note 4.)

b) Folgende Bestimmungen sind nicht anwendbar, weil sie nach ihrem Inhalte sich nicht auf gewerbliche Dienstverträge beziehen:

α. § 617; da bei den gewerblichen Arbeitern die Krankenversicherung eingreift.

β. § 622 (anderer Personenkreis).

γ. § 627 (anderer Personenkreis).

δ. §§ 618 Abs. 1, 630; GO. §§ 120a, 113, 127c gibt entsprechende und ausführlichere Vorschriften.

c) Anwendbar sind dagegen die folgenden Bestimmungen:

α. § 611; der gewerbliche Arbeitsvertrag ist eine Unterart des Dienstvertrags; er statuiert die Entgeltlichkeit, ohne die nur ein Auftragsverhältnis vorliegt.

β. § 612.

γ. § 615; § 124a GO. ist bei Kontraktbruch des Arbeitgebers anwendbar; wird die feste Entschädigung gewählt, so ist für den Erfüllungsanspruch, der sich nach § 615 richtet, kein Raum.

δ. § 616; diese Vorschrift hat Bedeutung für den einfachen gewerblichen Arbeiter. A. M. Hilfe, KGBl. **00** 74 ff.; dagegen Schalhorn a. a. O. Anm. 8 mit eingehender Widerlegung.

Die §§ 615 und 616 können leider durch besondere Abrede ausgeschlossen werden.

ε. § 618 Abs. 2, 3; — zwingend nach § 619.

ζ. § 620; ergänzt den § 122 GO. („wenn nichts anderes verabredet ist").

η. § 624.

ϑ. § 628; § 124a GO. bei gesetzwidriger Kündigung.

ι. § 629.

ϰ. § 625.

4. Dienstvertrag und Akkordvertrag der Arbeiter.

GewGer. **8** 184 ff. (Hamburg), s. auch Baum 115 ff.: Die Bestimmungen über den Werkvertrag finden auf den Arbeiter-(Akkord-)vertrag überhaupt keine, jedenfalls keine direkte, sondern höchstens zum Teil eine analoge Anwendung. Denn der Werkvertrag des BGB. setzt stets einen selbständigen

Unternehmer voraus, d. h. einen solchen, der zwar die Herstellung eines bestimmten Werkes, die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verspricht, aber hinsichtlich der Mittel und Wege zur Herstellung des Werkes oder zur Herbeiführung des Erfolges freie Hand und also keine Verpflichtung hat, den Anordnungen des Werkbestellers Folge zu leisten. Beim Arbeiter-(Akkord-)vertrag ist es aber stets ganz zweifellos nicht die Absicht der Parteien, daß die Arbeiter sollen tun und lassen können, was sie wollen, wenn sie nur das versprochene Werk liefern, den zugesagten Erfolg herbeiführen, sondern sie bleiben stets in bezug auf die einzelnen Ausführungshandlungen der Aufsicht und den Anordnungen ihres Arbeitgebers unterworfen. Folglich sind hier Gegenstand des Vertrags auch die Arbeitsleistungen selbst, nur mit der Nebenberedung, daß dieselben so lange fortgesetzt werden sollen, bis ein bestimmter Erfolg herbeigeführt ist, und daß die Gegenleistung (der Lohn) sich nicht nach der Dauer der Arbeitszeit, sondern nach dem Ausfalle des Erfolges richten solle. Mithin stellt sich der Arbeiter-(Akkord-)vertrag als Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. dar, und es finden auf ihn die betreffenden allgemeinen Regeln des BGB. Anwendung, soweit sie nicht durch Spezialvorschriften der GO. durchbrochen oder eingeschränkt werden. Daß der Gesetzgeber als Gegenleistung beim Dienstvertrage nicht nur Zeitlohn, sondern auch andere Entlohnungsarten für möglich gehalten hat, ergibt sich deutlich aus §§ 614 Satz 2, 623, sowie aus den Motiven. Allerdings ist der 6. Titel hauptsächlich auf einen Dienstvertrag mit Zeitlohn zugeschnitten und läßt den Richter bei Streitigkeiten aus dem Akkordlohnverhältnisse so ziemlich im Stich. Die Folge ist aber nur, daß nach der Natur der Sache, unter Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, zu urteilen ist, wobei denn auch einige Bestimmungen des Werkvertrags zu Rate gezogen werden können, aber analog und mit größter Vorsicht, da immer zu beachten ist, daß der oft sogenannte „Unternehmer" im Arbeiterakkord kein selbständiger Gewerbetreibender, sondern eine wirtschaftlich und gesetzlich (§ 121) abhängige Persönlichkeit ist.

Somit sind die Arbeitnehmer verpflichtet, den Anordnungen des Arbeitgebers in bezug auf die einzelnen Ausführungshandlungen unbedingt zu folgen, vorausgesetzt, daß diese sich in billigen Grenzen halten und — im Falle einer notwendig werdenden Abänderung in gewissen Vorbereitungsarbeiten — eventuell gegen angemessene Extravergütung, falls nicht diese Abänderung eine übermäßige Verzögerung der ganzen Akkordarbeit herbeiführte. Die Höhe solcher Extravergütung ist nach Beendigung der Arbeit unter Umständen gerichtlich auszumitteln. Doch sind bei etwa entstehenden Streitigkeiten während Ausführung der Arbeit die Kontrahenten nicht berechtigt, einseitig vom Vertrage zurückzutreten und die Arbeit zu verlassen. (Es stand ein Fall in Frage, wo Hamburger Hafenarbeiter die Entlöschung eines Schiffes übernommen und zunächst zum einfachen Überschütten der Ladung vom Dampfer in die danebenliegenden Schuten zugeriggt hatten, daß sie dann aber infolge veränderter Order des Auftraggebers eine Umriggung vornehmen sollten. Es entstanden Streitigkeiten über die Höhe der Extravergütung, derzufolge die Arbeiter die Arbeit niederlegten. Der Arbeitgeber klagte auf Schadensersatz.)

5. Begriffliches. (Einzelheiten.)

a) Eck 511: Dernburgs Unterscheidungsmerkmal, ob die Dienste auf Geheiß und Anordnung des Dienstherrn zu leisten sind oder nicht, ist für den Dienstvertrag nicht wesentlich. Geheiß und Anordnung sind auch beim Werkvertrage möglich (der angenommene Kutscher, Abschreiber usw. befolgen Anordnungen und schließen doch Werkverträge). Auch ob die Vergütung nach Zeitlohn oder Stücklohn bezahlt wird, entscheidet nicht. Man muß daran festhalten: daß

beim Dienstvertrag eine Reihe von einzelnen Diensten zu leisten sind, der Leistende eine Reihe von — „gleichartigen und in gleicher Weise zu besoldenden“ (Leonhard) — Diensten sukzessiv erfüllt und der Dienstberechtigte sukzessiv empfängt und befriedigt wird, meist auch sukzessiv bezahlt, während bei dem Werkvertrage nur ein in sich geschlossenes Ganzes zu leisten ist und bis zur Hervorbringung des Gesamterfolges der Übernehmer auch nicht teilweise leistet, sondern für sich arbeitet und über sein Arbeitserzeugnis freie Verfügung behält.

Gegen Jacubezky und Leonhard nimmt Eck auch bei fortlaufender Erteilung von Unterricht an einer Schule, bei dauernder ärztlicher Behandlung, Führung des Rechtsstreits für eine Partei, gegen Opet auch beim Schauspielervertrage Dienstverträge an.

b) Leonhard a. a. O. 511 Anm. 1 macht darauf aufmerksam, daß BGB. Verträge über höhere Werke nicht kennt, obgleich sich der Gegensatz zwischen Dienst- und Werkvertrag in dem Gebiete der höheren Leistungen genau ebenso wiederholt, wie auf dem der niederen.

Lotmar 110: Von „Diensten jeder Art“ sind die rechts- wie die normalwidrigen Dienste ausgeschlossen.

c) GewGer. **8** 164 (Frankfurt a. M.): Eine Kontrolle über die Arbeitszeit und Tätigkeit gehört nicht notwendig zum Begriffe des Dienstverhältnisses.

d) GG. Offenbach, Baum 119 ff.: Der gewerbliche Arbeitsvertrag ist ein Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. Deshalb kann der Lohn einerseits und die Leistung der Dienste andererseits nur auf Grund einer Vereinbarung, nicht einseitig vom Arbeitgeber oder Arbeiter geändert werden (§ 305 BGB.). Eine einseitige Änderung ist Kontraktbruch, die den anderen Teil zur Klage auf Erfüllung des Vertrags oder Entschädigung berechtigt (§§ 322, 326, 628 Abs. 2).

Ebenso GG. Dresden, GewGer. **3** 100, Baum 121.

e) GG. Offenbach, GewGer. **6** 168, Baum 208: Der Begriff „Probezeit“ bedeutet, daß innerhalb derselben die übliche Kündigungsfrist nicht stattfindet. Es handelt sich um einen Dienstvertrag (§§ 611 ff.), der unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen ist, daß der Angenommene erst in ein definitives Vertragsverhältnis eintrete, sofern er gewissen Bedingungen entspreche. Sofern diese nicht erfüllt sind, steht der anderen Seite das Recht alsbaldiger Entlassung ohne Einhaltung der bei definitivem Vertragsabschluß üblichen Kündigungsfrist zu.

Über die stillschweigende Fortsetzung des Probeengagements und Umwandlung in ein definitives vgl. GG. Berlin und Baum 207.

6. Anwendungsfälle.

a) Ärztlicher Dienstvertrag; s. auch IDR. **1** zu § 611 Note 1 e, f.

Flügge 64, 73: Der Vertrag zwischen Arzt und Patienten kann ein- oder zweiseitig sein; letzteres ist er meistens; ersteres nur, wenn unentgeltliche Behandlung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist; aber immer ist er ein Dienstvertrag; denn entscheidendes Begriffsmerkmal ist, daß der Arzt dem Kranken Dienste leisten soll. ⟶ Es dürfte nicht richtig sein, daß der Vertrag auch dann Dienstvertrag ist, wenn der Arzt unentgeltlich tätig werden soll; dann liegt Auftrag vor. — Red. ⟵ Die Dienste müssen solche sein, deren Ausführung den Beruf des Arztes bildet, die zur Voraussetzung die besonderen Kenntnisse und Fertigkeiten haben, welche die ärztliche Wissenschaft lehrt.

Eine Garantie für den Heilerfolg übernimmt der Arzt nicht (65). Er verspricht nur, alle diejenigen Maßregeln zu ergreifen, die nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft nach seinem besten Wissen und Gewissen zur Heilung des Kranken beitragen können.

Mit dem Worte „Heilung" ist auch die Linderung aller Beschwerden gemeint, die der pathologische Zustand im Gefolge hat. „Alle" Maßregeln — d. h. die nach Lage des Falles möglichen.

Bezüglich der Art der zu ergreifenden Maßregeln ist festzuhalten: daß der Arzt seine Befugnis zu Eingriffen ganz allein aus dem Willen des Kranken nimmt (65). Der Kranke kann den Willen jeden Augenblick einschränken oder ganz zurücknehmen (66).

Bei Eingriffen, über die eine Willenserklärung des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters nicht vorliegt, muß er diejenige Entscheidung treffen, die nach seinem besten Wissen und Gewissen der Kranke oder dessen gesetzlicher Vertreter getroffen haben würde, wenn er das Krankheitsbild vollständig hätte überblicken können. Er muß aber dabei alle — auch die außerhalb des pathologischen Tatbestandes liegenden — Umstände würdigen.

Gleiches gilt auch bei der Geburtshilfe. Die rechtliche Stellung des Kranken hat hier die Wöchnerin, nicht die Leibesfrucht (§ 1) (66).

Stets besteht die Schranke des § 216 StGB. (67).

77 ff. behandelt er besonders den Fall des Vertrags zwischen dem Arzte und einem Dritten über die Behandlung eines Kranken.

α. Pflichten.

Zu unterscheiden ist der Fall, daß der Kranke den Dritten beauftragt hat zum Vertragsabschlusse: allein der Auftraggeber ist in solchem Falle dem Arzte berechtigt und verpflichtet.

Nur zu erörtern ist der Fall, daß der Dritte als Selbstkontrahent den Vertrag schließt, daß der Dritte ein Recht erwerben will auf Behandlung des Kranken durch den Arzt (Beispiele oben und 77).

Der Arzt übernimmt in solchen Fällen nur die Verpflichtung, bestimmten Personen seine Dienste zu leisten für den Fall, daß diese sie beanspruchen; diese sind dem Arzte gegenüber in ihren Entschlüssen frei. Gehen sie den Arzt um Hilfe an, so kommt neben der schon in dem Vertrage des Arztes mit dem Dritten erklärten Willenseinigung eine neue zwischen dem Kranken und dem Arzte zustande (78). Dieses neue Vertragsverhältnis nimmt einen Teil seiner Modalitäten aus dem alten: die früher vereinbarten Bedingungen sind ein integrierender Bestandteil des neuen Vertragsverhältnisses. Dem Arzte stehen jetzt der Dritte und der Kranke als Gegenkontrahent gegenüber.

Es gelten im allgemeinen die gleichen Regeln wie oben. Der Wille des Kranken, nicht der des Dritten entscheidet über die Maßregeln.

Besonderes gilt für die Schweigepflicht (a. a. O. 78/9).

Gleiches gilt auch für das Verschulden (79), doch liegt ein Verschulden auch dann vor, wenn der Arzt die Behandlung des Kranken unterläßt, der ihn auf Grund des Vertrags darum bittet. Eventuelle Ablehnungs- und Kündigungsbefugnisse (§§ 626, 627) mußte er sich im Vertrag ausdrücklich vorbehalten.

Den eventuellen Anspruch auf Schadensersatz kann regelmäßig nur der Kranke geltend machen, unter Umständen auch der Dritte (79).

β. Rechte des Arztes.

Meistens hat der Arzt den Anspruch auf Vergütung nur gegen den Dritten; möglich aber ist auch, daß der Dritte nur die Höhe der Sätze der Vergütung mit dem Arzte vereinbart, zu deren Zahlung aber der Kranke für jeden Fall, in dem er den Arzt in Anspruch nimmt, verpflichtet bleibt, — möglich auch, daß außer ihm der Dritte die Zahlungsverpflichtung übernimmt (79).

Wegen der längeren Dauer solcher Abmachungen können hier die §§ 323, 324 leichter praktisch werden (79—80), ebenfalls §§ 321, 616.

82 ff. erörtert er drei Fälle, in welchen — abgesehen von der Geschäfts-

führung ohne Auftrag, — trotzdem der Kranke vom Arzte behandelt wird, kein Vertrag zwischen ihnen zustande kommt.

α. Bei der Behandlung von Gefangenen aller Art, die sich der ärztlichen Behandlung auf Anordnung der Gefängnisverwaltung unterwerfen müssen. Es entstehen hier nur Rechte und Pflichten zwischen dieser und dem Arzte; der Wille des Kranken entscheidet hier nicht über den Umfang der ärztlichen Maßregeln; Grund: die kraft Gesetzes entzogene Freiheit.

β. Nahe verwandt der Fall des geistig Gesunden, der unter dem Verdachte, geisteskrank zu sein, wider seinen Willen in die Behandlung oder Beobachtung eines Arztes gegeben wird. Der Wille der zuständigen Behörde beseitigt und ersetzt den Willen des dem Arzte übergebenen Menschen.

γ. Der Fall, daß der Arzt über den Zustand eines Kranken (oder sonst irgendeines Menschen) nicht auf dessen, sondern auf eines anderen (z. B. eines Gerichts, einer Berufsgenossenschaft usw.) Veranlassung ein Gutachten erstattet. Selbst wenn sich — Straf- und Entmündigungsprozesse bleiben außer Betracht — der Kranke — sei es gezwungen, sei es freiwillig, — dem Arzt stellt, kommt kein Vertrag zustande, höchstens eine Willenseinigung dahin, daß der Arzt nicht ihm, dem Kranken, sondern dem Dritten das Gutachten ausstelle.

In allen diesen Fällen können aber Rechte und Pflichten aus unerlaubten Handlungen entstehen (84).

b) Vertrag zwischen Aufsichtsrat und Aktiengesellschaft.

Bernau 236 — s. auch unten zu § 675 —: Das Vertragsverhältnis zwischen den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft und der Gesellschaft unterliegt bei entgeltlicher Geschäftsführung den §§ 611 ff., 675, bei unentgeltlicher den §§ 662 ff. (Anm. 1—3 Übersicht über die Literatur).

Gelegentlich seiner Untersuchung, inwieweit der § 627 Anwendung zu finden habe, führt er 237 ff. aus: es kommt zwar stets eine Dienstleistung höherer Art und eine Vertrauensstellung in Frage, — im übrigen aber ergeben sich folgende Möglichkeiten:

α. Dauerndes Verhältnis mit festen Bezügen: Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung.

β. Dauerndes Verhältnis mit unbestimmten Bezügen: Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung.

γ. Dauerndes Verhältnis ohne Bezüge: Auftrag.

δ. Vorübergehendes Verhältnis mit festen Bezügen: Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung.

ε. Vorübergehendes Verhältnis mit unbestimmten Bezügen: Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung im Sinne des § 627.

ζ. Vorübergehendes Verhältnis ohne Bezüge: Auftrag.

Der Fall zu ε fällt unter § 627. Im übrigen ist maßgebend die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit. Die Verhältnisse zu γ und β fallen daher unter den Auftrag, diejenigen zu α, β und δ unter den Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung.

Es finden Anwendung:

I. auf α, β, δ: αα. die §§ 611—630, mit Ausnahme des § 627;
ββ. § 675;
γγ. nach § 675: §§ 663, 665—670, 672—674, event. § 671 Abs. 2.

II. auf γ und β: die §§ 662—676, mit Ausnahme von § 675.

III. auf ε: wie zu I., mit Ausnahme des § 626, an dessen Stelle § 627 tritt (a. a. O. 242).

Je nachdem das eine oder andere vorliegt, sind die Voraussetzungen der Amtsniederlegung verschieden (245).

c) Vertrag mit dem Notar. S. auch u. zu § 675 Note 2.

α. Unter den Dienstvertrag fällt in Preußen auch die Tätigkeit der Notare gegenüber ihren Auftraggebern. Jastrow, Form.Buch I, PrFrGG. Art. 83 Anm. 3b (132).

β. OLG. Colmar, R. **03** 263: Das Vertragsverhältnis zwischen dem beurkundenden Notar und den Vertragsparteien ist Dienst- oder Werkvertrag, nicht Auftrag.

γ. OLG. **6** 379 (KG.): Die einem Notar aufgetragene Aufnahme eines Notariatsakts nebst Nebentätigkeiten charakterisiert sich als ein Werkvertrag.

d) Vertrag mit Gesangshumoristen.

OLG. **6** 82 (Celle): Der Vertrag eines Gesangshumoristen fällt unter § 611.

e) Vertrag zwischen Inhaber einer Bierwirtschaft und „Zapfenwirt".

Über den Vertrag des Inhabers einer Bierwirtschaft mit einem sog. „Zapfenwirt", dem als teilweises Entgelt für die zu leistenden Dienste die mit den Wirtschaftsräumen verbundenen Wohnräume überlassen sind und eine nach der Höhe des Bierumsatzes sich berechnende Entlohnung versprochen ist, s. Bayr. ObLG., R. **03** 339 (Dienstvertrag; — nicht Sachmiete).

f) Vertrag zwischen Ziegelmeister und Ziegeleibesitzer.

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **67** 129 faßt den von einem Ziegelmeister mit einem Ziegeleibesitzer geschlossenen Vertrag über die Herstellung der Jahresprodukte der Ziegelei für eine Kampagne als Dienstvertrag auf. Der wesentliche Gegenstand des Vertrags ist der, daß der Meister dem Besitzer seine Dienste zur Verfügung stellt, um in seiner Ziegelei das von diesem zu liefernde Material mit den von ihm zu stellenden Ziegeleiutensilien und zu liefernden Kohlen zu verarbeiten. Die Vereinbarung der Vergütung nach Stücklohn widerspricht nicht dem Wesen des Dienstvertrags.

g) Akkordvereinbarungen innerhalb eines Dienstvertrags.

GG. Darmstadt, Baum 122: Besteht zwischen den Parteien (Former in einer Gießerei und Inhaber) ein Dienstvertrag, so sind die einzelnen Akkordvereinbarungen nicht als eine Reihe von Werkverträgen innerhalb des Dienstvertrags aufzufassen.

h) Über einen Vertrag zwischen Eheleuten, durch den ein Dienstboten-Verhältnis begründet werden würde, und der deshalb für nichtig erklärt worden ist, s. Puchelts Z. **34** 415, entschieden von einem französischen Gericht.

i) „Gemischte" Vertragsverhältnisse.

α. Vermietung einer Dreschmaschine mit Bedienungsmannschaft.

In der Hingabe einer Dreschmaschine mit zweckentsprechender Bedienungsmannschaft liegt nicht die Übernahme einer Verpflichtung zur Leistung von Diensten oder zur Herstellung eines Werkes, sondern die Überlassung einer Sache zum mietweisen Gebrauche. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 38, 39.

β. Vermietung von Pferd, Wagen und Kutscher.

OLG. **7** 471 (Hamburg): Die Abrede, wonach für eine bestimmte Zeit und gegen Vergütung Pferde, Wagen und Kutscher, — also neben den Sachen auch menschliche Dienste, — zum Zwecke der Fortbewegung von Gegenständen Fuhren, die Dienste eines Fuhrmanns versprochen werden, ist Dienstvertrag.

γ. Pensionsvertrag.

NaumbAK. 03 90 (LG. Naumburg): Ist im Falle eines Pensionsvertrags das Wesentliche des Vertrags in der Beaufsichtigung und Verpflegung des Pensionärs zu finden, so liegt Dienstvertrag vor, und das Pfandrecht des § 559 entfällt.

7. Inhalt der Vertragspflicht des Dienstverpflichteten, Art und Umfang (Allgemeines).

a) Über einen Fall, wo statt des vorgeschobenen und mittellosen Strohmanns der Baugeldgeber als Arbeitgeber und Dienstherr angesehen wird, s. GewGer. 8 119 (Magdeburg).

b) OLG. 6 83 (Hamburg): Der § 611 enthält keine besonderen Bestimmungen über das Maß an Kenntnissen und Fähigkeiten, welche der Dienstverpflichtete zur Ausführung der übernommenen, in seiner geistigen Tätigkeit bestehenden Leistung besitzen muß. Der Dienstberechtigte ist nicht zu der Erwartung berechtigt, der Dienstverpflichtete besitze ein so hohes Maß von Kenntnissen und Fähigkeiten, daß das Begehen irgendwelcher Fehler bei der Leistung der Dienste ausgeschlossen ist, sondern er kann nur diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzen, die man auf dem betreffenden Gebiete bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwarten imstande ist, nicht aber besondere Anlagen und Kenntnisse.

GG. Berlin, v. Schulz-Schalhorn 181: Der Lohn ist nicht für die Arbeitsleistung an sich, sondern nur für gehörige Arbeitsleistung zu zahlen, also bei teilweise nicht genügender verhältnismäßig zu kürzen (§§ 242, 276, 320, 611, 614). Es ist selbstverständliche Voraussetzung, daß der Dienstverpflichtete seine Arbeit nach den Regeln seines Handwerkes und in der vertragsmäßigen oder ortsüblichen Weise zu verrichten hat. Für Arbeit, welche infolge Abweichens von diesen Regeln usw. mangelhaft ausfällt, kann er auf alle Fälle und, abgesehen von etwaiger Schadensersatzpflicht, nur einen entsprechend geminderten Lohn beanspruchen.

GG. Offenbach, GewGer. 5 272, Baum 366 betont: Der Arbeiter muß, seiner Arbeitsstellung entsprechend, die bei ordentlichen gleichartigen Arbeiten übliche und seinen Kräften entsprechende Sorgfalt aufwenden, wenn der Lohn in der vereinbarten Höhe fällig werden soll. Anderenfalls wird der Lohn nur in dem Maße fällig, welches der geleisteten Arbeit entspricht. Dies liegt im Wesen des Dienstvertrags.

c) GG. Offenbach, GewGer. 7 126, Baum 254: Zum Wesen des Dienstvertrags gehört, daß der Arbeiter seine gesamte Tätigkeit während der Arbeitszeit dem Arbeitgeber widmet. (Anfertigung von Privatarbeiten in der Werkstätte während der Arbeitszeit mit den zum Betriebe gehörigen Werkzeugen.)

d) GG. Bremen, GewGer. 7 9, Baum 257: Arbeiten, welche bisher nicht in der Fabrik des Dienstherrn ausgeführt worden sind, brauchen, sofern sie nicht im Dienstvertrage mitversprochen, nicht ausgeführt zu werden.

8. Vertragsrechte und -Pflichten. — (Einzelheiten.)

a) Anspruch auf die Erfindungen des Dienstverpflichteten.

OLG. 6 2 ff. (Hamburg) beantwortet die Frage, wem die Ergebnisse der Erfindertätigkeit eines Angestellten gehören, mit Rosenthal (Patentrecht 82 ff.), Kohler (Handbuch 234) im Anschluß an Seligsohn (Patentgesetz (2) 79) dahin, daß der Anspruch des Dienstherrn auf die Erfindungen nur dann anzuerkennen sei, wenn „das Machen der Erfindung in den Rahmen derjenigen Obliegenheiten fiel, die für den Angestellten sich aus dem Engagement oder der ihm zugewiesenen Tätigkeit nach der Absicht der Parteien oder der im betreffenden Industriezweige geltenden Gepflogenheiten sich ergeben“, es entscheidet, ob das

Resultat der Erfindung in den Rahmen seiner Dienstobliegenheiten gehört. Ob Dritten gegenüber der Dienstherr ohne Mitwirkung des Angestellten dessen Erfindungen durch Erwirkung von Patenten ausnutzen kann, ist eine andere Frage.

b) Pflicht zum Einkleben von Beitragsmarken für Mündel.

Hilse, KGBl. 14 65, Die Pflicht zum Einkleben von Beitragsmarken für in dem Hausstand oder in dem Betriebe beschäftigte Mündel: Wenn bei Erbauseinandersetzungen zwischen einem hinterbliebenen Ehegatten mit seinen Kindern ein kleines ländliches Grundstück zur Nachlaßmasse gehört, wird häufig die Vereinbarung getroffen und hypothekarisch eingetragen, daß das Erbteil bis zur Großjährigkeit unkündbar auf dem Nachlaßgrundstücke haftet, und zwar gegen die Verpflichtung seines Übernehmers, gegen den Verzicht auf Verzinsung freien Unterhalt auf dem Grundstücke zu gewähren. Hierbei gilt stillschweigend als vereinbart, daß der Grundeigner die Arbeitskraft des Mündels zweckentsprechend, ohne Entschädigung, ausnutzen darf. Seitdem die öffentlich-rechtliche Arbeiterversicherung eingeführt ist, sind nur die §§ 1, 141 des Invaliditätsgesetzes zu beachten. Nach § 611 BGB. braucht ein formgerechter Vertrag nicht vereinbart und ein Entgelt nicht zugebilligt zu werden. Dienstberechtigter ist der Übernehmer des Nachlaßgrundstücks, Dienstverpflichteter das Mündel. Zum Entstehen einer Versicherungspflicht jedoch wird vorausgesetzt, daß die Beschäftigung gegen Lohn oder Gehalt erfolgt. Freier Unterhalt genügt hierzu nicht.

c) Haftung des Rechtsanwalts.

OLG. 7 474 ff. (Marienw.): Haftung eines Rechtsanwalts wegen unterlassener Bemühungen, um eine abändernde Verfügung des Grundbuchrichters zu erlangen, gemäß §§ 276, 280, 611.

d) Verlegung des ursprünglich vereinbarten Erfüllungsorts.

GG. und LG. I Berlin, Baum 382 ff.: Einer Verlegung des ursprünglich vereinbarten Erfüllungsorts, an welchem die Dienste zu leisten waren, braucht der Dienstverpflichtete nicht Folge zu leisten, — jedenfalls konnte eine solche Verpflichtung nur dann angenommen werden, wenn damit für den Arbeitnehmer weder seine Leistungspflicht erschwert wird, noch sonst besondere Nachteile verknüpft sind. Bietet der Verpflichtete seine Dienste an dem ursprünglichen Leistungsort an und nimmt sie der Dienstherr nicht entgegen, so gerät er in Verzug (§ 615).

e) Pflicht zu Agitationszwecken für den Dienstherrn?

GewGer. 8 197 wird die Frage, ob der Angestellte verpflichtet ist, auf Verlangen des Arbeitgebers für dessen Partei Wahlagitationsarbeiten zu verrichten, dahin beantwortet: es kommt auf den Inhalt des betreffenden Arbeitsvertrags an. Der Fabrikarbeiter braucht nicht Wahlzettel zu verteilen. Wer dagegen für Botengänge oder Schreibarbeiten schlechthin engagiert ist, muß Gänge tun und Briefe schreiben, auch wenn sie nicht dem Geschäfte des Prinzipals dienen.

9. Recht auf Annahme der Dienste?

RG. Gruchots Beitr. 47 401, JW. 03 Beil. 16: Der Dienstverpflichtete hat einen Anspruch gegen den Dienstberechtigten auf Annahme der Dienste nur, wenn eine dahingehende Vereinbarung getroffen ist. Vgl. auch o. Note 2.

10. Vergütung.

a) Versprechen einer Weihnachtsgratifikation.

OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 285: Ist im Vertrag eine Weihnachtsgratifikation versprochen, so ist die Zahlung nicht dem freien oder billigen Ermessen des Dienstherrn überlassen, sondern obligatorisch. Daß der Vertrag das Entgelt nicht als Entgelt, sondern als Gratifikation bezeichnet, ist unerheblich.

Doch weist der Ausdruck darauf hin, daß die Zahlung anläßlich des

Weihnachtsfestes erfolgen solle. Das Recht auf Zahlung sollte also dem anderen Teile nur für diejenigen Weihnachtsfeste zustehen, welche er bei dem Dienstherrn erleben würde. Endigt das Vertragsverhältnis vor Weihnachten, so kann der Dienstverpflichtete nicht etwa einen der abgelaufenen Zeit entsprechenden Anteil an der Vergütung verlangen.

b) Vereinbarung des Abverdienens.

OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 159: Die Vereinbarung, Beklagter solle die Forderung des Klägers abverdienen, ist als ein die Art und Weise der Befriedigung des Klägers hinsichtlich des Geldbetrags nach bestimmt festgestelltem Kaufpreise regelnder Vertrag aufzufassen, und zwar entweder als ein Versprechen der Leistung von Arbeiten an Zahlungsstatt oder als ein pactum de contrahenda locatione conductione operarum. durch welches der Kläger sich verpflichtet, bis zur Höhe der fraglichen Forderung sich von dem Beklagten Arbeiten leisten zu lassen.

c) Trinkgeld.

GG. Mannheim, GewGer. **6** 9, Baum 138, — s. auch oben zu § 252 Note 4b: Bei Kellnerinnen ist das Trinkgeld Bestandteil des Lohnes. In nicht seltenen Fällen besteht der Lohn in dem Trinkgelde, das die Kellnerin mit Sicherheit zu erwarten hat.

d) Natur der Vergütung beim ärztlichen Dienstvertrage.

Flügge 74 ff.: Die Vergütung kann in jedem Vorteile bestehen, der Vermögenswert hat, z. B. auch darin, daß dem Arzte freie Wohnung oder freier Unterhalt oder beides gewährt wird, regelmäßig aber Geld. — Beim sog. Hausarzt ist Pauschalvergütung üblich; regelmäßig aber werden die einzelnen Dienstleistungen oder doch die Gesamtheit derjenigen einzelnen Dienstleistungen honoriert, die durch eine und dieselbe Krankheit nötig geworden sind.

e) Über die Natur der Lohnvorschüsse als Leistungen aus dem Dienstvertrage s. oben zu § 607 Note 4.

11. Unzulässigkeit prozessualischen Zwanges.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 377, SeuffA. **58** 127. Es versteht sich von selbst, daß, wenn nicht einmal die rechtskräftig festgestellte Verpflichtung zur Vornahme unvertretbarer Dienstleistungen erzwungen werden kann, eine dahin gehende einstweilige Verfügung nicht Platz greifen darf. Auch kann das anderweitige Auftreten (als Varietee-Sängerin) nicht untersagt werden.

➼ Die Begründung dieses letzten Satzes geht dahin: „Da die Beklagten (Sängerinnen) andere Unterhaltsmittel nicht besitzen und auch zu anderen Beschäftigungen nicht greifen können, so würden sie durch eine solche Verfügung genötigt werden, zu der Antragstellerin zurückzukehren, und es würde damit gerade der Zwang ausgeübt, den der Gesetzgeber ausschließen will.“ Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Entscheidung außerordentlich weitgeht. Soll immer geprüft werden, ob der kontraktbrüchige Schauspieler keine anderen Unterhaltsmittel mehr besitzt und auch zu anderen Beschäftigungen nicht greifen kann? In der Praxis wird Schauspielern sehr oft durch einstweilige Verfügung das anderweitige Auftreten verboten: z. B. letzthin in dem Berliner Streitfall Brahm—Kayßler. — Red. ➻

§ 612. 1. Abs. 1. Begriffliches.

a) Lotmar 121 ff., insbes. 124 ff.: Die zum Arbeitsvertrage gehörige Vereinbarung des Entgelts kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Stillschweigende Vereinbarung in den §§ 612, 632, 653, 689. Der Anspruch auf Vergütung setzt Vereinbarung der Arbeit voraus, ein positives Verhalten einer Person als Dienstberechtigten oder Bestellers.

Die „Umstände“ sind nicht schon mit vereinbarter Arbeit gegeben, da vereinbarte Arbeit auch unentgeltlich geleistet werden kann, so daß sie auch als unentgeltliche erwartet werden kann, so: einmal wegen der faktischen Beziehungen der Beteiligten, kraft welcher der eine dem anderen durch die Arbeit eine Gefälligkeit oder eine Freigebigkeit erweisen oder eine moralische Verwandtenpflicht erfüllen will, dann auch wegen der rechtlichen Beziehungen der Beteiligten, indem der eine als Ehegatte oder Kind des anderen gesetzlich verpflichtet ist, dem anderen auch ohne Entgelt Arbeit zu leisten. — Nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist den Umständen nach die vereinbarte Arbeit α. wo sie auch, ohne vereinbart zu sein, vom Gesetze mit Vergütung bedacht ist (z. B. HGB. § 354), β. wo die erwähnten Beziehungen der Beteiligten fehlen, die Arbeit eine solche ist, wie sie der Arbeitnehmer (oder seinesgleichen) auch sonst gegen Entgelt zu leisten pflegt, und im gegebenen Falle kein Grund für Abweichung von dieser Gewohnheit ersichtlich ist. — Es kommt darauf an, daß nach den objektiven Voraussetzungen erwartet werden mußte, die Arbeit erfolge als zu entgeltende, -- wie im § 151: „nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist“.

b) Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 184 Anm. 2. In den Fällen der §§ 612, 632, 653 kann die Vergütung nicht nur auf Grund der Vereinbarung gefordert werden. Vielmehr trägt das Gesetz selber mit seiner Fiktion bereits den tatsächlichen Verhältnissen, daß die betr. Mühewaltung, als in den Kreis der Erwerbstätigkeit des Dienstleistenden, Unternehmers, Mäklers fallend, nur gegen Vergütung zu erwarten war, Rechnung.

c) Zitelmann — s. unten zu § 662 — 49 ff.: Die „Umstände“ sind sowohl objektiver wie subjektiver Natur. Einesteils liegen sie in der Verkehrssitte, anderenteils im vermutlichen Willen der Parteien, der Verkehrssitte darin zu folgen. Nur dann soll eine Vergütung als stillschweigend vereinbart angesehen werden, wenn die Nichtvergütung unter den gegebenen Umständen als etwas Ungewöhnliches erscheinen müßte. Bei den Verträgen der Aufsichtsratsmitglieder mit einer Aktiengesellschaft streitet die Vermutung für die unentgeltliche Übernahme des Amtes.

2. Abs. 1. Einzelne Fälle.

a) Vergütung für die Fahrt zur Arbeitsstelle.

Mayer, GewGer. 9 107 ff. behandelt die Frage der Vergütung für die Fahrt zur Arbeitsstelle und unterscheidet, ob die Reise α. vor oder β. nach Beginn des Dienstverhältnisses fällt.

Zu α. Im ersteren Falle ist ein Lohnanspruch schon deshalb hinfällig, weil er nur durch Leistung der bedungenen Dienste entsteht und der Dienstvertrag erst zur vereinbarten Zeit des Arbeitsantritts Wirksamkeit äußert. Deshalb kommt § 612 nicht in Betracht; es kann zwar in dem Begriffe der „Vergütung“ ein Auslagenersatz miteingeschlossen sein, allein nur die zur Ausführung des Dienstes, nicht die zum Antritt erforderlichen Auslagen kommen in Betracht. Weiterhin kann von einem stillschweigend geschlossenen Nebenvertrage bezüglich der fraglichen Auslagen für die Regel keine Rede sein; besondere Umstände könnten eine abweichende Annahme rechtfertigen.

Zu β. Im zweiten Falle dagegen, wenn mit der Leistung der Dienste bereits ein Anfang gemacht worden ist, bestimmt der Arbeitgeber über Arbeitszeit und -Ort, und der Arbeiter leistet den Anweisungen des Unternehmers Folge, wenn er ihnen gemäß nach der von dem Arbeitgeber bestimmten Arbeitsstelle reist. Dem Arbeiter dürfen nicht durch die Veränderung der Arbeitsstelle (§ 269) Mehraufwendungen erwachsen. Unter Umständen kann durch die Anweisung des Unternehmers, an einer auswärtigen Stelle zur Arbeit zu erscheinen, und durch die Annahme des Arbeiters ein Auftragsverhältnis, event. nach § 675 geschaffen

werden. Deshalb sind vor allem die Fuhrkosten zu vergüten. Aber auch auf Lohnzahlung hat der Arbeiter Anspruch. Denn durch den Auftrags-Nebenvertrag ist das Dienstverhältnis nicht gelöst. Die Leistung der Dienste während seiner Reise unterblieb aus einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Umstande (§ 276).

b) Schleppschiffahrtsvertrag. Vergütung bei Verzögerung.

Über einen Fall, wo mit den Besitzern zweier Flußdampfer vereinbart war, für eine bestimmte Vergütung einen neuerbauten Seedampfer von der Baustelle bis zum Meere zu schleppen, wo sich aber die bei regelmäßigen Umständen in zwei Tagen beendete Arbeit infolge Festlaufens auf eine Sandbank erheblich verzögerte, s. Schneider, Treu und Glauben 115 ff. Begann vom dritten Tage an ein neues Vertragsverhältnis, innerhalb dessen gemäß § 612 nur eine „angemessene" Vergütung, nicht mehr die vereinbarte zu zahlen war? Diese Frage könnte man nur bejahen, wenn die vereinbarte zur angemessenen in einem erheblichen Mißverhältnisse stünde; die Worte der Vereinbarung über den Preis würde dann nicht als so weittragend anzusehen sein, daß noch eine Parteiverfügung darüber unter den veränderten Verhältnissen vorläge.

c) Ärztliche Dienste.

Flügge 73: Ärztliche Dienste sind nur gegen Vergütung zu erwarten, falls nicht ausdrücklicher Verzicht vorliegt oder ein ganz persönliches Verhältnis oder sonstige Umstände obwalten, aus denen mit völliger Sicherheit auf einen stillschweigenden Verzicht des Arztes geschlossen werden könnte: nahe Verwandtschaft; Erbieten zur Behandlung aus wissenschaftlichem Interesse; Erklärung des Patienten, daß er mittellos sei, und Behandlung durch den Arzt trotzdem.

3. Abs. 2. Allgemeines.

Lotmar 134: Unter „Taxe" (Lohn) hat man nicht nur ausschließlich die gesetzliche und die obrigkeitliche zu verstehen. Von hervorragender Bedeutung unter den Privattaxen sind die durch die Tarifverträge von Arbeitgebern und Arbeitnehmern vereinbarten. S. auch § 794 Anm. 2.

4. Abs. 2. Einzelne Fälle.

a) Gewerbliche Verhältnisse.

Sigel 95: Als übliche Vergütung kann nicht der ortsübliche Tagelohn im Sinne des § 8 des Krankenversicherungsgesetzes, sondern nur derjenige Lohn angesehen werden, der in dem betreffenden Gewerbe bei Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Parteien ortsüblicherweise bezahlt wird. Läßt sich hiernach eine übliche Vergütung nicht feststellen, so ist § 316 BGB. anzuwenden. In gleicher Weise ist beim Mangel einer ausdrücklichen Vereinbarung bezüglich der Dauer der täglichen Arbeitszeit, welche für die Lohnhöhe in der Regel entscheidende Bedeutung hat, vorzugehen.

b) Tarif- und Kollektivverträge.

α. GG. Stuttgart, Baum 158: Im § 612 Abs. 2 ist bezüglich des Lohnes bei Tarifverträgen auf das Übliche verwiesen. Nur wenn der Lohn nicht bestimmt ist, soll der übliche Lohn ermittelt werden; hierfür bilden bestehende Tarifverträge eine wichtige Erkenntnisquelle; aber eine Verwendung des Begriffs „üblich", der über die in Abs. 2 gezogene Grenze hinausgeht, also insbesondere den ganzen Inhalt eines Tarifvertrags auch dem ihm fernstehenden Gewerbegenossen aufzwingen wollte, verstieße gegen die Vertragsfreiheit. Vgl. auch GewGer. 8 39.

β. Vgl. bezüglich Kollektivarbeitsverträgen GG. Frankfurt a. M., GewGer. 6 195, Baum 160 ff. und Kiel, GewGer. 8 57, Baum 163: Bei dem Mangel einer Abrede und dem Fehlen einer Taxe muß, sofern in einem Gewerbe ein kollektiver Tarifvertrag geschlossen ist, der tarifmäßige Lohn als übliche Vergütung angesehen werden; gerade darin, daß sie die normalerweise zu zahlenden Löhne

festsetzen, ist zu einem wesentlichen Teile die Bedeutung der Tarifverträge zu erblicken. Sie sind „als vereinbart" anzusehen, sofern nicht ein abweichender Parteiwille in einer besonderen Vereinbarung zum Ausdrucke gebracht wird.

c) Ärztliche Dienste.

Flügge 75: Zu Abs. 2 vgl. § 80 Abs. 2 GO., wonach die Preuß. Ministerialverfügung vom 15. 5. 96 eine Taxe festgesetzt hat für die meisten ärztlichen Verrichtungen: System der Minimal- und Maximalsätze.

Sollte sich noch keine „Üblichkeit" ausnahmsweise einmal für eine neu erfundene Behandlungsart herausgebildet haben, so greift § 316 Platz, § 315 Abs. 1.

§ 613. Flügge 67: Wenn der Kranke nach den Umständen, die er kannte oder kennen mußte, annehmen mußte, der Arzt werde ihn nicht persönlich behandeln, so darf dieser auch durch einen Vertreter seine Dienste leisten. Gelegentliches Verreisen ist aber selbstverständlich. Ferner offenkundig in Fällen, wo sich der Arzt einen Assistenten hält oder Hunderte von Betten unter sich hat.

Läßt er sich aber durch einen anderen selbständigen Arzt vertreten, so können u. U. alle Beteiligten darüber einig sein, daß für die Dauer der Vertretung der erste Arzt völlig ausscheidet und an seiner Stelle der zweite eintritt. Angenommen z. B., der Arzt bestellt mehrere Kollegen; oder er läßt das Honorar an den Vertreter zahlen.

§ 614. 1. Begriff und Wesen.

a) de Claparède, Beiträge 69: Trotz der imperativen Fassung ist die Norm selbstredend dispositiver Natur. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags steht dem Dienstpflichtigen selbst für die „nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte" fälligen Vergütungen nicht zu.

b) Lotmar 346 Anm. 5: Die einzelnen Zeitabschnitte sind einander gleich. Zahlung nach ihrem Ablauf ergibt gleiche Zahlungsperioden. — 353: Die Bemessung der Vergütung nach Zeitabschnitten und die Entrichtung der Vergütung sind hier deutlich unterschieden, obwohl die Zahlungszeit mit dem Ablaufe des lohnmessenden Zeitabschnitts zusammentrifft (ebenso im § 699). — 354: Satz 1 bezieht sich unterschiedslos auf Zeitlohnverträge und Akkorde, Satz 2 betrifft ausschließlich den Zeitlohnvertrag. — 367: § 614 setzt nur dispositives Recht, was durch § 628 bestätigt wird, der einen Fall von Prämuneration setzt. — 370: § 614 Satz 2, 3 bezieht sich nur auf die Fälle, daß das Dienstverhältnis nach Ablauf des einzelnen Zeitabschnitts fortdauert oder mit dem Ablauf endigt. Bei Abbruch des Arbeitsverhältnisses im Laufe eines Zeitabschnitts ist der Anspruch auf die Vergütung mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses fällig. — 376: Wird bei Eingehung eines Stunden- oder Tagelohnvertrags ausgemacht, daß die Vergütung in zwei Wochen entrichtet werden soll, so enthält dieser Zeitlohnvertrag eine Stundung. Eine solche ist beim Stundenlohnvertrage gewöhnlich, indem Zahlung nach jeder Stunde nicht vorzukommen pflegt.

c) Lotmar 140: Der Vergütung ist der Auslagenersatz schon beigemischt, in §§ 652, 654, 689, 639 werden sie deutlich voneinander geschieden, ebenso in §§ 675, 670 (138).

2. Stücklohn und Akkordlohn.

GG. Darmstadt — s. o. zu § 611 Note 6 g —: Der Stücklohn ist nach Fertigstellung des Stückes zu entrichten, nicht nur dann, wenn es vollständig fehlerfrei hergestellt ist. Der Akkordlohn für fehlerhafte Stücke kann aber im einzelnen Falle verweigert werden, wenn eine besondere Vereinbarung oder eine Übung in der Branche oder der Fabrik besteht, nach welcher bei Verschulden des Arbeiters oder aus sonstigen Gründen der Akkordlohn nicht zu zahlen ist.

GG. Frankfurt — ebenda 122 ff. — betont, daß bei Akkordarbeiten der regelmäßige Ausschuß nicht zu bezahlen sei. Übersteigt er erheblich das übliche Verhältnis, so muß nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 276) die Frage geprüft werden, ob Verschulden vorliegt.

3. Zahlung für ärztliche Dienste.

Flügge 75—76: Satz 1 macht bezüglich der Vorleistungspflicht des Arztes keine Schwierigkeit, wo es sich um eine einmalige ärztliche Verrichtung handelt; mit dem Schlusse der betr. Beratung oder des Besuchs ist die Vergütung fällig. Handelt es sich dagegen um eine fortgesetzte ärztliche — einheitliche — Verrichtung, etwa um die Behandlung einer bestimmten Krankheit, die verschiedene Ratschläge und Eingriffe nötig macht, so muß der Arzt bis ans Ende seiner Dienstleistungen warten, — unbeschadet des Kündigungsrechts aus § 627. Deshalb soll der Arzt sich bei chronischen Krankheiten an Satz 2 halten: entweder ausdrücklich Vergütung nach Zeitabschnitten vereinbaren oder nach einer gewissen Zeit dem Kranken die Rechnung schicken; akzeptiert der Kranke sie, so muß Vergütung nach Zeitabschnitten nunmehr als stillschweigend vereinbart gelten. — Auch § 321 findet Anwendung.

§ 615. 1. Allgemeines.

a) Sigel 77: Aus dem Annahmeverzuge des Arbeitgebers, der in der Regel Unmöglichkeit der Leistung für den Arbeiter bewirkt (vgl. § 615 u. 324 BGB.), erwächst diesem nicht ein Schadensersatzanspruch, sondern der gegen Pfändung und Aufrechnung geschützte Anspruch auf die vereinbarte Vergütung und zwar beim Mangel anderweitiger Anhaltspunkte bis zum Ablaufe der maßgebenden Kündigungsfrist. Dem Arbeitgeber steht das Recht der purgatio morae zu.

b) Lotmar 108 über den Fall, daß der Empfänger der Arbeit weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer des Arbeitgebers ist, dem die Arbeit geleistet wird. Z. B. wenn jemand für sein Kind mit dem Zahnarzt oder dem Privatlehrer, für seine Frau mit der Hebamme oder der Krankenwärterin einen Arbeitsvertrag schließt. Die Empfangnahme der Arbeit durch den Dritten hat nicht bloß die Bedeutung, daß dadurch die Arbeitsverbindlichkeit erfüllt wird, sondern auch, daß der Dritte durch Nichtempfang der Arbeit Annahmeverzug bewirken kann. Die Arbeit wird dem Arbeitgeber angeboten, indem sie dem Dritten angeboten wird. S. auch unten zu § 642.

2. Unerheblichkeit eines Verschuldens beim Arbeitgeber. S. auch JDR. **1** zu § 615 Note 3.

Die Frage, ob der Arbeitgeber dem Arbeiter den Lohn auch dann zahlen muß, wenn er ohne sein Verschulden verhindert ist, ihn zu beschäftigen, wird übereinstimmend bejaht. Vgl. Baum 377 ff.: GG. Berlin (Materialmangel), LG. Stettin (Geldmangel), GG. Dresden, GG. Ludwigsburg (Mangel an Arbeit), GG. Hamburg (Aussetzen der die Vorarbeiten leistenden Arbeiter), GG. Stuttgart (weil die Mehrheit der Arbeiter den „Volksfestsamstag“ frei haben wollte), GG. Hamburg (verhindertes „Löschen“ des Schiffes infolge durch Nebel verzögerten Eintreffens). S. auch GG. Berlin bei v. Schulz-Schalhorn 190 (Materialmangel). GG. Hamburg, GewGer. 8 61 ff. führt aus: Nimmt ein Stauer einen Schauer fest zur Arbeit an, so kommt er in Verzug, wenn auch das Nichteintreffen des Schiffes, das der Stauer „löschen“ sollte, der Eintritt von Nebel verursachte; diesen Umstand hat der Stauer zu vertreten. Seine Haftung ergibt sich aus den §§ 293, 295, 615, auch § 324.

3. Rechtliche Natur der Ansprüche aus dem Kontraktbruche.

HessRespr. **4** 54 ff. führt ein „S“ gezeichneter Aufsatz bezüglich der rechtlichen Natur der Ansprüche aus dem Kontraktbruch aus:

a) Kontraktbruch bricht nicht Kontrakt, sondern der Vertrag bleibt bei unrechtmäßiger einseitiger Kündigung fortbestehen.

b) Der Arbeitnehmer ist vorzuleisten verpflichtet.

c) Durch den Kontraktbruch wird weder dem einen noch dem anderen Teile die Leistung unmöglich, sondern der Kontraktbrecher erklärt, daß er nicht leisten wolle. Zur Begründung von Schadensersatzansprüchen muß der Verzug des Gegners herbeigeführt werden.

Zu c: Wendet der Beklagte ein, die Fortsetzung des Vertrags sei ihm unmöglich, so bedeutet dies der Klage aus dem Kontraktbruche gegenüber, es liege ein wichtiger Grund zur Kündigung vor, oder aber, die Leistung sei (§ 285 BGB.) infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben. Die Einwendung des beklagten Arbeitnehmers, die Fortsetzung des Vertrags sei ihm unmöglich, besage nicht, er sei unfähig geworden zur Leistung der Dienste; dies ist nach §§ 124 [1] GO., 71 [1] HGB. ein wichtiger Grund zur Kündigung und kommt somit als Einrede des § 285 nicht in Betracht.

Die Einwendung des beklagten Arbeitgebers, die Fortsetzung des Vertrags sei ihm unmöglich, ist nur insoweit Einrede aus § 285, als Zahlungsunfähigkeit behauptet wird. Denn die Leistungspflicht des Arbeitgebers besteht mangels besonderer Vereinbarung nur in der Pflicht zur Leistung der vereinbarten Vergütung, nicht auch zur Annahme der Dienste (§ 611 BGB.). (Staub, Planck; a. M. Düringer-Hachenburg.) Andere Unmöglichkeitsgründe (Einstellung des Betriebs, ungünstige Konjunktur) können gegen die Leistungspflicht des Arbeitgebers nicht ins Feld geführt werden und, wenn überhaupt, nur als wichtige Gründe zur Kündigung in Betracht kommen.

Zu a: Ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener oder stillschweigend verlängerter Vertrag besteht nicht ins Unendliche weiter. Aus dem beiderseitigen Willen, wie er beim Kontraktbruch zum Ausdrucke kommt, ist zu schließen, daß der Vertrag regelmäßig 14 Tage nach bzw. am Schlusse des laufenden oder nächsten Kalendervierteljahrs endigen solle (näheres a. a. O.).

Zu b: Es gilt BGB. § 614. Er muß, wenn er Ansprüche geltend machen will, zuerst den Arbeitgeber in Annahmeverzug setzen, während der Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer die Leistung der Dienste ohne Rücksicht auf die ihm obliegende Gegenleistung fordern kann. (Einzelheiten a. a. O. 55/56.)

Für die Prozeßführung ergibt sich nach alledem folgendes (56):

a) Klage des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber. Klagantrag entweder

α. auf Lohnzahlung für Vertragsdauer oder bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist. Kläger muß Gläubigerverzug des Beklagten nachweisen. Beklagter hat neben der Einrede des wichtigen Grundes die der Abzüge aus § 615. Daneben kann Kläger unter Nachweis des Schuldnerverzugs des Beklagten Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern.

Oder

β. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Kläger muß Gläubiger- und Schuldnerverzug des Beklagten sowie die erfolgte Ablehnung der Erfüllung nachweisen.

b) Klage des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer. Klagantrag entweder

α. auf Leistung der Dienste bis zum Ablaufe der Vertragsdauer oder der Kündigungsfrist. Daneben unter Nachweis des Schuldnerverzugs und der Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Der Beklagte macht geltend, es liege ein wichtiger Grund vor, und Schadensersatzansprüchen

gegenüber, die Leistung sei infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben. Oder

β. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter denselben Nachweisen und Einreden. Ein Nachweis der Fristbestimmung nach § 326 Abs. 1 ist nicht erforderlich.

4. Muß der zu Unrecht entlassene Dienstverpflichtete ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist seine Dienste anbieten? S. JDR. **1** Note 2 zu § 615.

a) Bejahende Ansichten.

α. OLG. **7** 472 (KG.): Selbst wenn der Berechtigte durch die Kündigung unzweideutig erklärt hat, daß er die Dienste nicht annehmen werde, bedarf es eines wörtlichen Angebots (§ 295). Hat der Kläger ein solches unterlassen, so steht ihm auch § 324 nicht zur Seite. (Fall eines vorzeitig gekündigten Gerichtsassessors, Generalsubstituten eines Rechtsanwalts.)

Selbst bei unberechtigter Kündigung ist In-Verzugsetzung erforderlich. AG. Mainz, HessRspr. **3** 142 (Fuld).

β. Schalhorn bei v. Schulz-Schalhorn 188 vertritt im Anschluß an eine nach ALR. ergangene Entscheidung auch für das BGB. die Ansicht, daß sich der vorzeitig entlassene Dienstverpflichtete zwar behufs Leistung der Dienste zur Verfügung zu halten hat, nicht aber, daß er sich die ganze Kündigungszeit hindurch melden und untätig dasitzen muß.

GG. Offenbach, GewGer. **7** 12, Baum 281: Kündigt der Dienstherr (Arbeitgeber) den Verpflichteten (Arbeiter) ordnungsmäßig, indem er dabei erklärt „Sie können auch gleich gehen", so liegt hierin lediglich eine Erklärung des Einverständnisses und ein Verzicht, den Arbeiter zur Fortsetzung der Arbeit anzuhalten, wenn dieser die Arbeit ohne Einhaltung der Kündigungsfrist verlasse. Der Arbeiter ist verpflichtet, weiter zu arbeiten, wenn er Lohn beanspruchen will.

b) Verneinende Ansichten.

α. Römer, DJZ. **03** 340 ff. wendet sich gegen die von Staub und Makower vertretene Ansicht, die praktisch dazu führen würde, daß vielleicht in den meisten Fällen ein Anbieten der Dienste sich deshalb erübrigt, weil dem Gehilfen die Leistung infolge eines vom Prinzipal zu vertretenden Umstandes subjektiv unmöglich geworden ist.

Entscheidend ist aber, daß der Prinzipal durch die in der Entlassung gelegene Nichtannahme der ihm bis dahin fortdauernd tatsächlich angebotenen Dienste in Verzug kommt. Nur in den seltenen Fällen einer Kündigung schon vor dem Eintritte des Gehilfen ist ein Inverzugsetzen des Prinzipals durch wörtliches Anbieten der Dienste erforderlich. Doch kommt die vom RG. bezüglich des § 326 vertretene Ansicht analog zur Anwendung für den Fall, daß der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung seines Schuldners nicht annehmen wolle. Dieser Wille, die Dienste eines Angestellten nicht annehmen zu wollen, kann nicht deutlicher als durch Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zum Ausdrucke gebracht werden.

β. Stein wendet sich KGBl. **14** 36 gegen das Urteil des LG. I Berlin — ebenda **13** 109 —, das mit Staub (zu § 70 Anm. 8 Komm. zum HGB.) annimmt, daß ein grundlos entlassener Handlungsgehilfe dem Prinzipale seine weiteren Dienste mündlich oder schriftlich anbieten müsse. § 615 setzt voraus, daß der Prinzipal vorher mit der Annahme der Dienste in Verzug gesetzt worden ist. Maßgebend dafür ist § 293. Der Gehilfe aber, welcher während der Ausübung seiner Tätigkeit entlassen wird, bietet seine Dienste durch Ausüben seiner Tätigkeit seinem Prinzipal in jedem einzelnen Momente seiner Tätigkeit an. Denn es gibt kein intensiveres Anbieten der Dienste als durch Leistung derselben.

Verbietet der Prinzipal nun dem Gehilfen die weitere Ausübung seiner Tätigkeit, indem er ihn entläßt, so erklärt er damit, daß er die ihm realiter angebotenen Dienste fernerhin nicht mehr annehmen wolle. Dadurch gerät er in Verzug. Der Gehilfe wahrt sich somit seinen Anspruch auf Gehalt schon dadurch, daß er durch mündliche oder schriftliche Erklärung bzw. durch konkludente Handlung zu erkennen gibt, daß er mit der Entlassung nicht einverstanden ist.

γ. OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 33 ff., Puchelts Z. **34** 377: Der Dienstpflichtige kann sich nach seiner Wahl auf § 615 oder § 324 berufen; auf § 324, wenn er durch die zu vertretende Annahme-Weigerung des Dienstberechtigten in die Unmöglichkeit versetzt ist, vertragsmäßig für die Vergangenheit vorzuleisten, auf § 615, soweit die Voraussetzung des Annahmeverzugs als vorhanden anzusehen ist. §§ 293—295 sind maßgebend. Wie aber im Falle des § 326 die bestimmte Erfüllungsverweigerung des Schuldners die sonst vorgeschriebene Fristsetzung überflüssig macht, so darf auch dem bestimmt zurückgewiesenen, dienstbereiten Verpflichteten nicht zugemutet werden, die leere Formalität des Anbietens an den Dienstberechtigten, der die Dienste ablehnt, vorzunehmen und zu wiederholen.

c) Vermittelnde, unterscheidende, einschränkende Auffassungen.

α. Fuld, Der Gehaltsanspruch des entlassenen Handlungsgehilfen, Seuff. Bl. **69** 49 ff.: Die Vorschrift gilt für alle Personen, welche auf Grund eines Dienstvertrags Dienste leisten. Sie enthält gegenüber den für den Annahmeverzug im allgemeinen geltenden Vorschriften gewisse Abweichungen und stellt wie § 616 Sondervorschriften auf, welche auf andere Vertragsverhältnisse nicht anwendbar sind.

Gegenüber dem § 323 sind im § 615 die Folgen des Annahmeverzugs vereinbart, und zwar zu dem Zwecke, den Gedanken zu realisieren, daß die Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten erfüllt ist, wenn er zur Dienstleistung imstande ist und sich auch bereit erklärt, sie zu erfüllen; es wird zwischen dem verschuldeten und dem nicht verschuldeten Annahmeverzuge des Dienstberechtigten nicht unterschieden. Es fragt sich nun, welche Rechte der zu Unrecht entlassene Gehilfe hat, falls der Dienstberechtigte nicht in Verzug gesetzt worden ist (§§ 293—295). Ist man der Ansicht, daß § 615 eine erschöpfende Regelung derart enthalte, daß die §§ 323, 324 überhaupt nicht in Betracht kommen, so kann der Gehilfe, welcher nach der Entlassung dem Prinzipale seine Dienste weder tatsächlich (§ 294) noch wörtlich (§ 295) angeboten hat, keinerlei Ansprüche auf Schadensersatz gegen ihn geltend machen. Allein § 324 findet Anwendung auch auf diese Verhältnisse; der Gesetzgeber hat im § 615 nur für die Rechtsfolgen aus dem Annahmeverzuge des Dienstberechtigten Sonderrecht aufstellen wollen; mit dem Falle, daß er sich nicht im Verzuge befinde, wollte er sich garnicht beschäftigen. Diese Auffassung kann auch den Motiven gegenüber aufrechterhalten werden (näheres 51/52). Hierzu kommt, daß durch die ohne genügenden Grund erfolgte Entlassung des Gehilfen, wie überhaupt jedes Dienstverpflichteten das Dienstvertragsverhältnis nicht aufgelöst wird, sondern bestehen bleibt, und daß mit Rücksicht auf die Fortdauer des Vertragsverhältnisses der Anspruch auf die Gegenleistung gemäß § 324 gewährt werden muß, sobald der Dienstberechtigte dem Gehilfen die Fortsetzung seiner Dienste ohne berechtigten Grund unmöglich macht. Deshalb muß grundsätzlich dem zu Unrecht entlassenen Gehilfen die Befugnis zugestanden werden, auch ohne die Inverzugsetzung des Dienstberechtigten zu bewirken, gleichwohl die vereinbarte Gegenleistung beanspruchen zu können, natürlich unter Beachtung des Abs. 1 Satz 2. Wann dem Gehilfen durch die vorzeitige und unbegründete Entlassung die Erfüllung des Dienstvertrags unmöglich gemacht wird, ist lediglich Tatfrage;

wo sie möglich ist, ist § 324 ausgeschlossen und nur § 615 gegeben; dann muß Inverzugsetzung erfolgen. So auch das LG. Magdeburg (s. 54). — In vielen Fällen wird die wörtliche Anbietung der Dienste nicht ausreichend sein; in solchen Fällen müssen sie realiter angeboten werden.

β. GG. Stuttgart, Baum 387: Der Anspruch aus § 615 ist an die Voraussetzung gebunden, daß der Arbeiter seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen kann, mit der im § 616 vorgesehenen Ausnahme. Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt ein Arbeitsangebot des Arbeiters voraus. Durch § 615 soll für den Arbeiter bezüglich seiner Vergütung der Zustand hergestellt werden, der bei ordnungsmäßiger Kündigung eingetreten wäre. Wer arbeitsunfähig ist, kann aber auch während des Laufes der Kündigungszeit bei ordnungsmäßiger Kündigung nichts verdienen.

5. Abs. 2. Inwieweit muß der grundlos ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist Entlassene der Aufforderung zur Weiterarbeit Folge leisten? S. JDR. **1** zu § 615 Note 4a, b.

a) Frankenberg, DJZ. **03** 195, 196: Der § 615 Abs. 2 ist nur unmittelbar dem § 324 Abs. 1 Satz 2 nachgebildet, aber auch mit § 616 Satz 2 verwandt. — Unter Böswilligkeit ist nicht jeder Vorsatz schlechthin, sondern die Absicht zu verstehen, sich die Möglichkeit, untätig zu bleiben, in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise zunutze zu machen (vgl. Motive 463). Planck, Anm. 2 zu § 615. — Ein Arbeiter handelt gegen Treu und Glauben, wenn er Lohn ohne Gegenleistung vom Arbeitgeber verlangt, obwohl dieser die ausgesprochene sofortige Entlassung, bzw. die Anordnung des Aussetzens mit der Arbeit rückgängig machen will und Weiterbeschäftigung anbietet. So auch GewGer. **7** 157, **8** 41 (AG. Köslin); für das ältere Recht Unger, Entsch. 123 Nr. 116; SozPr. **5** 312. — Doch ist unbedingte Voraussetzung, daß nicht ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers vorliegen darf, welches die Forderung des Wiederantritts als eine unbillige Zumutung erscheinen läßt (§§ 124, 124a, 133b RGO., 626, 628 Abs. 2 BGB.). — Die vom bisherigen Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Beschäftigung braucht nicht notwendig die gleiche zu sein, die der Ausgeschiedene vor der Entlassung gehabt hat; es genügt das Angebot einer ähnlichen Tätigkeit. Die neue Tätigkeit darf nicht geringer gelohnt sein, als die bisherige war.

b) Die Gewerbegerichte haben übereinstimmend entschieden — Solingen, Weimar, Stuttgart, Offenbach u. a. — vgl. Baum 383ff., s. auch GewGer. **8** 188 (Charlottenburg) —, daß auch der grundlos ohne Kündigung entlassene Arbeiter der Aufforderung, weiter zu arbeiten, folgen muß, wenn er Lohn verlangt. „Der Arbeitnehmer, der ohne jeden Grund ein von seinem bisherigen Arbeitgeber ihm erneut gestelltes Arbeitsgebot ablehnt, handelt gewiß ebenso böswillig wie derjenige, welcher es absichtlich unterläßt, etwas durch anderweitige Verwendung seiner Dienste zu erwerben. Der Arbeitnehmer muß also bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist seine Arbeitskraft zur Verfügung des Arbeitgebers halten, sofern er nicht anderweitige Arbeit gefunden hat oder gemäß § 124 GO. zur Ablehnung eines Arbeitsangebots berechtigt ist" (Stuttgart). Ausnahme hiervon, „wenn das den Grund der Entlassung bildende Verhalten wider die guten Sitten verstößt, z. B. wenn der Arbeitgeber den Arbeiter mißhandelt, bedroht oder gröblich beschimpft hat, so daß demselben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses oder Wiedereintritt nicht zugemutet werden kann" (Offenbach). Ebenso GG. Frankfurt a/M., Baum 385ff. (Schimpfliche Behandlung, Ohrfeigen).

6. Vergütung und Auslagenersatz.

Lotmar 141: Im § 615 wird einem etwa beigemischten Auslagenersatze keine Rechnung getragen.

In den §§ 615, 649 schreibt das Gesetz die Anrechnung der Ersparnis schlechthin vor, also auch für den Fall, daß der Ersatz bei Bemessung der Vergütung nicht vorgesehen, nicht in die Vergütung einbezogen worden ist. Selbstverständlich ist der Abzug ausgeschlossen bei denjenigen ersparten Auslagen, deren Ersatz außer der Vergütung zu erfolgen hätte. Die vereinbarte Vergütung ist der Entgelt für die zu leistende Arbeit, einerlei von wem sie verrichtet wird; die Arbeit der Gehilfen ist rechtlich Leistung des Arbeitnehmers. So auch in §§ 642 Abs. 2, 649 (143). Darüber, daß der Wert der Arbeit Dritten unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes abgezogen werden kann, s. u. zu § 642 Note 3.

Lotmar 141, 142. Im § 616 wird einem etwa beigemischten Auslagenersatze keine Rechnung getragen. S. auch oben zu § 614 Note 1c.

Es erscheint billig, daß von der Vergütung, welcher Auslagenersatz beigemischt ist, der Betrag derjenigen Auslagen abgezogen werde, die infolge der Arbeitsverhinderung vom Arbeitnehmer erspart werden.

7. Anrechnungspflicht.

RG. JW. 03 Beil. 99: Ein Verdienst, den der Dienstpflichtige in gleicher Weise ohne Verletzung seiner Dienstpflichten hätte machen können, wenn er im Dienste des Dienstberechtigten geblieben wäre, kann ihm nach seiner Entlassung von seiner vertragsmäßigen Vergütung nicht abgezogen werden. — (Es handelte sich um einen unzeitig gekündigten Direktor einer Aktiengesellschaft.) S. auch GewGer. 8 95: Nichtanrechenbarkeit der als Mitglied des Reichsversicherungsamts bezogenen Vergütung für einen unzeitig entlassenen Arbeiter.

8. Flügge 74: Auch die §§ 615, 616 — neben den §§ 320 ff. — finden auf den Dienstvertrag zwischen Arzt und Kranken Anwendung.

9. Verhältnis zum § 124b der RGO.

a) GG. Kiel, GewGer. 7 93, Baum 275 verneint die Frage, ob der Pauschalschadensersatzanspruch des § 124 b RGO. durch das BGB. §§ 324, 615 aufgehoben sei. Daß sich aus Art. 32 EGzBGB. keineswegs die Aufhebung ergebe, werde insbesondere dadurch bestätigt, daß der § 124b in unveränderter Fassung auch in der neuesten Publikation der GO. v. 26. 7. 1900 (RGBl. 950) sich befinde.

b) Entgegengesetzt GG. Breslau, ebenda 275 ff: § 124b setzt voraus, daß beim Dienstvertrag in den von ihm behandelten Fällen beiden Teilen nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte neben dem Anspruch auf Erfüllung des Vertrags auch ein Schadensersatzanspruch zusteht; diese Voraussetzung trifft auf den Anspruch des Arbeiters wegen ungerechtfertigter Entlassung aus dem Arbeitsverhältnisse seit dem BGB. nicht mehr zu. Durch eine ungerechtfertigte Entlassung kommt der Arbeitgeber regelmäßig mit der Annahme der vom Arbeiter geschuldeten Dienste in Verzug (§ 293). Hierüber hinaus gibt § 615 dem Arbeiter den Anspruch auf Vergütung für nicht geleistete Dienste. Einen Schadensersatzanspruch dagegen gibt BGB. bei Annahmeverzug dem Schuldner (von § 304 abgesehen) überhaupt nicht. Es bleibt also nur § 615. RGO. § 124 b aber gibt den Parteien nicht einen besonderen, ihnen nach dem bürgerlichen Rechte nicht zustehenden Schadensersatzanspruch, sondern will ihnen nur die Begründung des nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte ihnen zustehenden Schadensersatzanspruch erleichtern. Da seit dem BGB. auf den Annahmeverzug ein Schadensersatzanspruch überhaupt nicht mehr gegründet werden kann, so ergibt sich daraus die Aufhebung des § 124 b RGO., soweit diese Bestimmung von einem solchen Schadensersatzanspruche handelt. — Im gleichen Sinne LG. II Berlin, ebenda 277.

10. Beweislast.

LG. München, SozPr. **2** Nr. 19, Baum 387 ff.: Das Vorbringen aus §§ 615 Satz 2, 616 Satz 2 ist keine Negation des Klagegrundes, sondern eine selbständige innere Einredebehauptung, deren Beweis demjenigen obliegt, welcher sich auf sie stützt.

§ 616. 1. Nelken, DJZ. **03** 210 ff.: Es ist aus sozialpolitischen Gründen nicht möglich, den § 616 durch Privatwillkür abzuändern. Wohl aber läßt sich vertragsmäßig die im § 616 unbestimmt gelassene Zeitdauer genau fixieren.

Des weiteren führt er aus, daß § 616 eine wichtige Ergänzung des § 133c Abs. 2 RGO. bildet, der ebenfalls einen öffentlich-rechtlichen Charakter besitzt. — S. auch JDR. **1** zu § 616 Note 3, 4.

GG. Berlin (Kammer 7), v. Schulz-Schalhorn 196: § 616 ist durch Parteiabrede nicht auszuschließen.

Vgl. über diese Fragen auch JDR. **1** zu § 616 Note 4.

2. Selbstverständlich bleibt dem Dienstverpflichteten der Anspruch auf die Vergütung niemals über die Dauer des Vertrags hinaus erhalten. Dabei ist es gleichgültig, ob das Dienstverhältnis durch Ablauf der Zeit, für welche es eingegangen wurde, oder etwa durch vorzeitige Kündigung auf Grund des § 626 erlischt. Titze, Unmöglichkeit 293.

3. Sigel 58: Zu den Behinderungsgründen im Sinne des § 616 gehören alle Fälle, in denen der Arbeiter infolge eines in seiner Person liegenden Grundes anderweitig festgehalten wird, also nicht bloß der im zweiten Satze behandelte Fall der Krankheit. S. auch JDR. **1** zu § 616 Note 1.

4. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. Allgemeines.

Nelken, DJZ. **03** 210 ff. nimmt an, daß der Arbeiter für einen zum mindesten der gesetzlichen Kündigungsfrist entsprechenden Zeitraum Anspruch auf Lohnvergütung erheben darf, wofern nicht vertragsmäßig eine kürzere Kündigungsfrist ausbedungen ist. Ist eine solche ausgeschlossen, so kann ein Lohnanspruch überhaupt nicht erhoben werden.

Sigel 60 spricht sich dahin aus, daß sich aus den Motiven zu § 616, der im 1. Entwurf ganz anders als jetzt gelautet habe, sicher keine Folgerung ziehen lasse. Da das Gesetz selbst keinen Vergleichsfaktor zur Berechnung des Verhältnisses gegeben habe, werde man im Anschluß an die Prot. II 280 dasselbe in der vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses, also eventuell in der maßgebenden Kündigungsfrist (2—3 Tage bei 14 tägiger Kündigungsfrist) suchen müssen. Übrigens können im einzelnen Falle auch noch andere Vergleichsfaktoren herangezogen werden.

5. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit: Insbesondere bei militärischen Übungen. Vgl. JDR. **1** zu § 616 Note 6b.

a) Hilse, Deutsche Arbeitgeber-Zeitung **03** 1: Nach der im Gewerbe ausgebildeten Verkehrssitte bildet der Arbeitslohn die Gegenleistung für die vorgeleisteten Dienste und wird seiner Höhe nach durch diese bestimmt. Auch ist die Militärpflicht eine an die Person gebundene Verbindlichkeit. Deshalb entspricht es nicht dem gesetzgeberischen Willen, den Gewerbegehilfen niederer Ordnung einen Anspruch auf Lohnbezug für die Dauer einer militärischen Dienstleistung zuzubilligen.

b) Aus der Rechtsprechung.

α. GG. Offenbach, GewGer. **6** 215, Baum 393 ff. ist der Ansicht, daß bei auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen dauernden Arbeits- oder Dienstverträgen, welche die Erwerbsfähigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen, die vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfrist im

allgemeinen als eine nach dem Willen des Gesetzgebers „nicht erhebliche Zeit" aufzufassen sei. Die 14 tägige militärische Übungszeit schließt daher nicht die Anwendbarkeit des § 616 aus; gerade dieser Fall mag dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben.

Sie ist auch weiter nicht auf ein „Verschulden" des Pflichtigen zurückzuführen.

Die während der Dienstzeit erhaltenen militärischen Bezüge sind auf den Lohn anzurechnen. Der Gesetzgeber wollte den Dienstberechtigten im Falle des § 616 nicht schlechter stellen als in dem des § 615, wo der Grund der Verhinderung in der Person des Dienstberechtigten liegt.

Ebenso LG. Glogau, BreslAK3. **10** 10—11; s. auch unten zu η.

β. Anders entschied GG. Königsberg, GewGer. **7** 30, Baum 395 ff. bezüglich des Gehilfen einer kleineren Druckerei mit Rücksicht auf eine zwölftägige Übung. Zur Prüfung der Erheblichkeit der Behinderungszeit sind sämtliche irgendwie in Betracht kommenden Faktoren heranzuziehen: z. B. Kündigungsfrist, Art des Dienstvertrags, Umfang des Geschäftsbetriebs des Arbeitgebers. — Ebenso GG. Frankfurt a. M., Baum 396 ff. bezüglich eines Gesellen in einer kleinen Bäckerei: Der Begriff „verhältnismäßig" fordert, daß jedesmal die „Verhältnisse", nicht nur die Kündigungsfrist, geprüft werden. U. U. kann die 14 tägige Übungszeit als eine verhältnismäßig sehr erhebliche erscheinen.

γ. Entgegengesetzt wieder GG. Hamburg, GewGer. **7** 31, Baum 397 ff., wonach die Maximalgrenze für die Bestimmung der unerheblichen Zeit nicht unter die Dauer der kürzesten militärischen Übungen (2 Wochen) ⋙→ kürzesten? — s. u. zu δ, aber auch η — Red. ←⋘ verlegt werden darf. Danach ist einem Arbeiter, der beim Beginn der Übung 8 Monate beschäftigt war, obwohl er mit täglicher Kündigung angestellt war, die Wohltat des § 616 zugebilligt worden.

δ. GG. Wiesbaden, GewGer. **7** 29, Baum 398 sieht eine zwölftägige Übung nicht als eine erhebliche Zeit an, „weil Kläger bereits seit nahezu einem halben Jahre beim Beklagten im Dienstverhältnisse gestanden hat und auch jetzt noch in demselben steht".

ε. GG. Hamburg, GewGer. **5** 217, Baum 398 ff. erklärt gleichfalls für unerheblich, daß die gesetzliche Kündigungsfrist vorwegbedungen war und der Vertrag jede Stunde hätte gekündigt werden können. Die Versäumung infolge einer Kontrollversammlung für eine Zeit von $1^1/_2$ Stunden ist ganz zweifellos keine erhebliche Zeit, „da Kläger mit einigen Unterbrechungen im ganzen ungefähr 2 Jahre und nach der letzten Unterbrechung wieder ca. 2 Monate beim Beklagten in Arbeit gestanden hat".

ζ. GG. 8 267 ff. (Ludwigsburg): Eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses von 18—20 Tagen wegen militärischer Übung ist eine „verhältnismäßig erhebliche". Bei der Beurteilung nicht außer acht zu bleiben hat der Umstand, daß der betr. Angestellte erst kurze Zeit bei dem Dienstberechtigten arbeitet. Entschädigung für eine Zeit, die über die gesetzliche Kündigungsfrist hinausgeht, kann keineswegs gewährt werden. Eine Unterbrechung von 14 Tagen erscheint als Höchstmaß; doch fällt sie keineswegs immer unter § 616.

η. LG. Glogau, BreslAK3. **16** 10 ff. sieht in Übereinstimmung mit dem Vorderrichter den Zeitraum einer 14 tägigen militärischen Übung als einen nicht erheblichen an, „da die Mindestdauer einer militärischen Einziehung 14 Tage beträgt" — ⋙→ was unzutreffend sein dürfte; s. oben zu δ, aber auch γ — Red. ←⋘ — und weil in dem betreffenden Falle der Kläger bereits $^3/_4$ Jahre in der Fabrik, in der Tuchfabrikation in umfangreichem Maßstabe betrieben wurde, beschäftigt gewesen und auch ein Entlassungsgrund oder eine Entlassungsabsicht nicht ersichtlich,

demnach also anzunehmen war, daß er ohne das Vorkommnis der Einziehung noch lange bei Beklagtem hätte in Arbeit bleiben können. Auch mit Rücksicht auf den Umfang des Geschäftsbetriebs war die Zeit der Verhinderung nicht erheblich. Unerheblich erscheint der Umstand der 14 tägigen Kündigungsfrist.

Wegen der Anrechnung der Bezüge s. oben zu b α, Abs. 3.

ϑ. GG. Berlin, v. Schulz-Schalhorn 195: Eine 14 tägige Landwehrübung bei einem mit 14 tägiger Kündigungsfrist seit 3 Monaten beschäftigten Arbeiter ist keine erhebliche Verhinderung.

ι. Die GG. Stuttgart (GewGer. **7** 32) und Berlin, Baum 306, 331 bezeichnen als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit den Zeitraum von 6 Wochen.

6. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. Andere Fälle.

a) Eck 514: Der Lehrer, der wegen eingetretener Hindernisse einige Stunden versäumt hat, kann trotzdem seine Bezahlung verlangen.

b) Eck a. a. O.: Ist Stücklohn verabredet, so ist der § 616 dem Sinne nach nicht ausgeschlossen, der entgangene Durchschnittsverdienst zu vergüten. A. M. Leonhard: Stücklohn ist ein lediglich nach den wirklich gelieferten Stücken berechneter Lohn.

c) GG. Berlin, v. Schulz-Schalhorn 195: Bei einem Werkmeister, dem sechswöchige Kündigungsfrist zum Quartalsschlusse zukam, ist eine Verhinderung bis zu 6 Wochen als verhältnismäßig nicht erheblich erachtet worden.

d) Bei einem mit 14 tägiger Kündigungsfrist beschäftigten Arbeiter ist eine Verhinderung von 1 Tage als zweifellos nicht erheblich bezeichnet.

7. GewGer. **8** 67 erneuert den Rat, der Fülle von Streitigkeiten über die Lohnvergütung für Verhinderungen während einer „verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit" dadurch vorzubeugen, daß sich die Beteiligten darüber verständigen, in welchen Fällen die Vergütung eintreten soll, in welchen nicht. Im Anschlusse hieran werden Bestimmungen mitgeteilt, die im Berliner Brauereigewerbe in dieser Frage vereinbart worden sind.

8. Anspruch des als Zeugen vernommenen Dienstverpflichteten (Arbeiters) auf Zeugengebühr und Lohn. Vgl. IDR. **1** zu § 616 Note 7.

a) Sigel: Die Frage, ob der als Zeuge vorgeladene Arbeiter für die versäumte Arbeitszeit Zeugengebühr und Lohn nach § 616 zu bekommen habe, ist bestritten. Wenn die Parteien die Vorschrift des § 616 nicht durch Vereinbarung außer Kraft gesetzt haben, was zulässig ist (vgl. § 619, vgl. auch den ähnliche Tendenzen verfolgenden § 63 HGB.; a. M. jetzt auch Nelken, DIZ. **03** 211 mit einer nicht angängigen Folgerung aus § 123 Abs. 3 GO.). Es hat der Arbeiter Anspruch auf Lohn und Zeugengebühr (ebenso **RG.** SeuffA. **57** Nr. 94; a. M. jetzt auch die preuß. Oberrechnungskammer unter Billigung des preuß. Justizministeriums, das nur Zeugengebühr angewiesen wissen will; IAmtsbl. **02** Nr. 29).

b) Über die Frage, inwieweit durch § 616 der Anspruch des Arbeiters auf Zeugengebühren und Versäumnisentschädigung aus § 49 GO. ausgeschlossen wird, vgl. die Zitate in GewGer. **8** 274 ff. und Preuß. IMBl. **02** Nr. 27. (Ansichten der Oberrechnungskammer und des Justizministers); vgl. auch Hilse, R. **03** 424. Dort wird die Ansicht vertreten, daß der Fiskus entschädigungspflichtig ist, wenn der Staat die Arbeitskraft des Verpflichteten dadurch, daß er seiner Zeugenpflicht genügen muß, in Anspruch nimmt.

Ähnlich das sächsische Justizministerium, SächsIMBl. **37** Nr. 10, GewGer. **9** 94 ff.

In demselben Sinne LG. Düsseldorf (Strafkammer), GewGer. **5** 202,

Baum 389 ff.: Es hieße die vom Staate übernommene Verpflichtung zur Entschädigung auf private Schultern abwälzen und die Dienstherren gleichsam die Zeugengebühren bezahlen lassen, wenn man sie für verpflichtet erachtete, ihren Bediensteten den Lohn auch für diejenige Zeit auszubezahlen, während deren sie infolge der Inanspruchnahme durch den Staat keine Dienste leisten konnten.

Zustimmend auch Staub, DJZ. **03** 336.

c) AG. Stettin, Baum 391 ff.: Im Falle von Akkordarbeit werden die betr. Arbeiter, da sie für bestimmte fertiggestellte Arbeit bezahlt werden, durch die Entziehung von der Arbeit unmittelbar geschädigt. —

d) Abweichend GG. Stettin, Baum 392: Für die durch die Wahrnehmung eines Termins als Angeklagter entstandene Zeitversäumnis, die der Dienstverpflichtete verschuldete, kann er Vergütung nicht verlangen. — Ebenso LG. Stettin ebenda.

e) Hilse, Gewerbeblatt für das Großherzogtum Hessen **66** Nr. 34: Weil nach der Rechtsüberzeugung der Oberrechnungskammer in dem Beschlusse vom 27. April 1903 (S. 1272) der Zeuge Anspruch auf Zeugengebühren hat, zweifache Vergütung für dieselbe Zeit aber unstatthaft ist, steht dem Gewerbegehilfen auch kein Anspruch auf Lohnfortbezug für die Dauer der Abwesenheit als Zeuge zu.

9. Muß sich der Angestellte auf Verlangen des Dienstherrn ärztlich zum Zwecke des Krankheitsnachweises untersuchen lassen?

a) GewGer. **8** 58 ff., — s. auch Baum, Handbuch 258 ff., — GG. Berlin: Der Angestellte muß sich hinsichtlich derjenigen Tatsachen, Vorgänge, Verhältnisse, welche für den Bestand des Dienstverhältnisses erheblich sind, einer angemessenen Kontrolle seitens des Dienstberechtigten unterwerfen, insbesondere im Falle seiner Erkrankung. Dies ist allgemein allen Dienstverpflichteten gegenüber durch § 616 begründet, vornehmlich aber bei den Angestellten im Sinne des § 133a GO. (arg. § 133c). Die Abweisung des zum Zwecke der Untersuchung zugesandten Arztes involviert daher eine unberechtigte Insubordination, sobald durch eine derartige Maßregel dem Angestellten keine Kosten erwachsen und die Art derselben nicht verletzend oder ungebührlich ist; auch wenn der Betreffende selbst Atteste einreicht, so ist doch die Nachprüfung des ärztlichen Gutachtens ein wohl begründetes Recht des Arbeitgebers. — Ebenso LG. Berlin ebenda. Auch das Verlangen der Zuziehung und Mitwirkung des eigenen Arztes ist ungerechtfertigt. —

b) A. M. ist die Redaktion des GewGer. a. a. O. 60 ff.: Es gebe keine Bestimmung, wonach der Arbeiter verpflichtet sei, sich einen derartigen Eingriff in die Sphäre der Persönlichkeit gefallen zu lassen und außerhalb des Prozesses dem Arbeitgeber irgendwelche auf das Arbeitsverhältnis bezügliche Tatsachen oder Behauptungen zu beweisen. Das Gericht müsse entscheiden; nur ihm gegenüber sei er zum Beweisantritt verpflichtet. Anders sei es, sobald derartige Verpflichtungen vertragsmäßig übernommen seien. Ähnlich auch LG. I Berlin, KGBl. **14** 58 ff. in einem Falle aus §§ 63, 72 Nr. 2 HGB.

10. Satz 2.

Nelken a. a. O.: Was die Minderung der Lohnansprüche infolge der Versicherungsbezüge anbelangt, so handelt es sich nur um die Beträge, welche dem Arbeiter für die Zeit der Verhinderung und wegen der ihr zugrunde liegenden Tatsache auszuzahlen sind.

Vgl. ferner JDR. **1** zu § 616 Note 6a, 7e.

§ 617. Literatur: S. Schultzenstein, § 617 BGB. A.bürgR. **23** 219 ff.

1. Grundgedanke.

Schultzenstein: Das durch § 617 geschaffene Fürsorgeverhältnis ist nicht als eine auf familienrechtlichen oder dienstvertraglichen, sondern als eine

auf sozialpolitischen Beziehungen zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten beruhende Legalobligation zu konstruieren.

2. Dauerndes Dienstverhältnis.

a) Schultzenstein 237 ff.: Ein „dauerndes" Dienstverhältnis ist immer dann gegeben, wenn das Dienstverhältnis rechtlich auf längere Dauer angelegt ist, oder wenn es faktisch auf längere Dauer angelegt ist, oder wenn es längere Zeit gedauert hat. Zahlungszeit und Kündigungszeit entscheiden nicht. Der zeitliche Maßstab ist auf Grundlage des einzelnen Falles nach der Gesamtheit der in Betracht kommenden Umstände zu suchen.

b) Darüber, wann die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten „hauptsächlich" in Anspruch genommen ist, entscheidet die Leistungszeit und nicht das Einkommen, welches der Dienstverpflichtete aus dem Dienstverhältnisse bezieht.

c) Lotmar 521 Anm. 2: Das dauernde Dienstverhältnis in §§ 617, 629, 630 ist vom Dienstantritte, nicht vom Abschlusse des bedingten oder befristeten Dienstvertrags zu messen. —

546 ff.: Der Ausdruck „dauerndes Dienstverhältnis" (§§ 617, 627, 629, 630) ist mehrdeutig. Es kann bedeuten ein Dienstverhältnis, α. das längere Zeit gedauert hat; β. dem eine längere vertragsmäßige Zeit zukommt; γ. das faktisch auf längere Dauer angelegt ist. Ein dauerndes Dienstverhältnis ist gegeben, auch wenn nur eine der drei Bedeutungen zutrifft, und es darf, wenn es fehlen soll (§ 627), keine der drei Bedeutungen zutreffen.

d) PrOVG. **42** 325, PrVBl. **24** 248, DJZ. **03** 275: Für den Begriff des dauernden Dienstverhältnisses ist jedenfalls die bloße tatsächliche längere Dauer eines Dienstverhältnisses allein noch nicht entscheidend. Andererseits ist es auch nicht erforderlich, daß es von vornherein zum mindesten für eine erheblich längere Zeit als sechs Wochen abgeschlossen worden ist. Wenn nun auch eine kurze Kündigungsfrist nicht unbedingt die Annahme eines dauernden Dienstverhältnisses ausschließt, so müssen doch bei einer solchen die Vertragschließenden die Absicht gehabt haben, trotz und ungeachtet der durch die Frist geschaffenen rechtlichen Möglichkeit, unter Umständen das Verhältnis bald zu lösen, es längere Zeit tatsächlich fortzusetzen. —

e) GG. Ludwigshafen, Baum 403: Nur dasjenige Dienstverhältnis ist ein dauerndes, welchem die Gewähr einer gewissen Stabilität innewohnt, sei es, daß der Dienstvertrag auf einen längeren Zeitraum von bestimmter Dauer festgelegt, oder daß bei unbestimmter Dauer eine Kündigungsfrist vorgesehen ist, welche den Dienstverpflichteten gegen die Gefahr eines plötzlichen Verlustes seiner Stellung schützt. So bildet bei Dienstverträgen, welche nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen sind, die Dauer der Kündigungsfrist das ausschlaggebende Merkmal. Ein mit achttägiger Kündigungsfrist jederzeit kündbarer Dienstvertrag kann als ein dauerndes Dienstverhältnis gemäß § 629 nicht angesehen werden.

f) **RG.**, KGBl. **14** 88: Daß zwischen einer Schauspielerin und einem Theaterleiter ein dauerndes Engagement beabsichtigt war, wird aus folgenden Umständen geschlossen: α. daß sie als ständiges Mitglied unter der Vereinbarung einer Monatsgage angenommen worden und dabei von einem „Wiederengagement" die Rede gewesen ist; β. daß erklärt worden ist, es seien für den Monat Januar 1902 Stücke in Aussicht, in welchen Klägerin eine Rolle übernehmen solle. — Es ist anzunehmen, daß dieses Engagement bis zum Schlusse der laufenden Wintersaison dauern sollte, bis zum 31. März 1902. Ein Brauch, daß bei größeren Theatern der Vertrag als bis zum Ende der Spielzeit, also bis zum 31. Juli 1902 geschlossen gelten sollte, besteht nicht.

g) GG. Bremen, Baum 252: Sind die Arbeiten, die der Arbeiter ver=

sprochen hat, auf einen durch Vereinbarung festgesetzten Zeitraum beschränkt, so kann der Arbeitgeber über diesen hinaus die Ausführung von Arbeiten nicht verlangen.

3. Häusliche Gemeinschaft.

a) Schultzenstein: Bei der Feststellung des Begriffs der „häuslichen Gemeinschaft“ wird eine Unterstellung des Dienstverpflichteten in seinem dienstlichen wie außerdienstlichen Verhalten unter die Hausordnung des Dienstberechtigten — auch einer juristischen Person oder Gemeinschaft zur gesamten Hand — als entscheidend angesehen. Wohnung und Kost im Hause des Dienstberechtigten sind keine Essentialien, wohl aber bedeutsame Anzeichen dafür. Unter „Erkrankung“ ist nicht mit der herrschenden Meinung ein Krankwerden, sondern — wie im KVG. — ein anormaler körperlicher oder geistiger Zustand zu verstehen, welcher in der Notwendigkeit einer besonderen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden zutage tritt.

b) Lotmar 657: Die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft kann Naturalvergütung sein; sie muß es nicht sein. Z. B. wenn die Dienstleistung anderweitig (durch Geldzahlung) vergütet wird und der Dienstleistende seinerseits für jene Aufnahme einen Entgelt, z. B. einen Pensionspreis, entrichtet. Die Entgeltung kann auch abzugsweise geschehen. Die Verpflichtung aus § 617 greift auch dann Platz, wenn die Aufnahme nicht Naturalvergütung ist, sondern vom Aufgenommenen entgolten wird. —

658: Was gehört zur häuslichen Gemeinschaft? Gewährung von Wohn- und Schlafraum, sowie Verpflegung sind in der Aufnahme enthalten. Doch genügt die eine der beiden Leistungen. Somit hat die häusliche Gemeinschaft verschiedene Grade. Maßgebend sind Gesetz, Abrede, Verkehrssitte, die sich nach den sozialen Stellungen der Parteien, nach Alter, Geschlecht und Beruf des Arbeitnehmers richtet. (Näheres 659.) —

Der Arbeitnehmer muß vom Arbeitgeber unter das Dach aufgenommen sein. Nur dann kann trotz Schlafens unter zweierlei Dach von Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft die Rede sein, wenn der Arbeitnehmer wenigstens bei der Hauptmahlzeit die Wohnung des Arbeitgebers zu teilen pflegt. Die Beköstigung ist weder erforderlich noch ausreichend. — Wie, wenn der Arbeitgeber überhaupt nicht wohnt und keine Mahlzeiten hält, weil er keine physische, sondern eine juristische Person ist? — Die Frage, ob auch bei juristischen Personen von einer häuslichen Gemeinschaft gesprochen werden kann, wird bejaht, obwohl damit (Genaueres a. a. O. 661—662) die häusliche Gemeinschaft unter Voraussetzungen angenommen wird, die beim physischen Arbeitgeber nicht ausreichen. —

4. Inhalt der Verpflichtung des Dienstberechtigten.

Schultzenstein 277 ff.: a) „Erforderlich“ sind diejenige Verpflegung und ärztliche Behandlung, welche nach der objektiven Art des zu behandelnden Zustandes zur Erreichung der Zwecke, denen eine Verpflegung und ärztliche Behandlung überhaupt zu dienen haben, im einzelnen Falle angemessen sind, wobei der objektive Körperzustand, dem die Behandlung gilt, und die subjektiven Verhältnisse des Dienstverpflichteten (seine sonstige physische Beschaffenheit, seine professionelle, keineswegs jedoch seine soziale Lebensstellung), nie aber die subjektiven Verhältnisse des Dienstberechtigten zur Beurteilung in Frage kommen.

b) Unter „Verpflegung“ ist jedes zur Heilung oder Linderung des Krankheitszustandes oder zur Sicherung des Heilerfolges dienende sächliche Mittel zu verstehen.

c) „Ärztliche Behandlung“ ist die auf Heilung oder Linderung des Krankheitszustandes gerichtete Tätigkeit des Arztes. Die Behandlung seitens sog. Naturärzte ist nie eine ärztliche Behandlung.

d) S. Lotmar 662 ff. darüber, „daß die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung“ keine Naturalvergütung bilden.

e) Lotmar 607 Anm. 5: Im § 617 erscheint die Erkrankung des Dienstverpflichteten als wichtiger Grund für die unbefristete Kündigung des Dienstberechtigten.

5. Welcher Zeitpunkt ist für die Pflicht aus § 617 bei Krankheit maßgebend?

a) OLG. Frankfurt, Frankf. Rundsch. **37** 189: Es kommt nicht darauf an, ob vor dem Dienstantritte schon eine Disposition zur Krankheit vorhanden war, oder ob sich die Krankheit vor diesem Zeitpunkte gar schon entwickelt hatte. Es schadet auch nicht einmal, wenn die Krankheit vor dem Dienstantritte schon ausgebrochen war. Entscheidend ist vielmehr allein, daß der Dienstverpflichtete während eines die häusliche Gemeinschaft mit dem Berechtigten mit sich bringenden Dienstverhältnisses wegen Krankheit verpflegt und ärztlich behandelt werden mußte.

b) Lotmar 637 Anm. 1: Trotz der Beendigung des Dienstverhältnisses besteht des Arbeitgebers Verpflichtung zur Krankenpflege und ärztlicher Behandlung weiter.

6. a) Über den Wegfall der Verpflichtung, insbesondere durch Bestehen einer Versicherung, — vgl. auch IDR. **1** zu § 617 Note 1, — siehe auch Schultzenstein 295 ff. und im Preuß. VerwBl. **25** 134.

b) Die Verpflichtung zur Gewährung der Krankenfürsorge seitens des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn das Gesinde zur Verrichtung häuslicher und gewerblicher Dienstleistungen vertraglich verpflichtet ist, weil dann unabhängig von dem Verhältnis, in welchem die einen zu den anderen stehen, nach der ständigen Spruchübung der Verwaltungsgerichte Krankenversicherungspflicht besteht. Hilse, Volkstüml. Ztschr. f. pr. Arb.Vers. **9** Nr. 4.

c) Das neben häuslichen Arbeiten auch mit Dienstleistungen in dem Gewerbebetriebe der Dienstherrschaft beschäftigte Hausgesinde unterliegt wegen der letzteren Beschäftigung der Versicherungspflicht gegen Krankheit, und zwar unabhängig davon, in welchem Verhältnisse die eine zu der anderen Tätigkeit steht, ob also die gewerblichen die häuslichen Verrichtungen übersteigen oder umgekehrt. Infolgedessen ruht ihm gegenüber die Verbindlichkeit zur Fürsorge in Krankheitsfällen nach Hilse, Volkstümliche Zeitschrift a. a. O. 73. Die Verpflichtung der Gemeinde aus LandwUVG. § 27, dem betriebsverletzten ländlichen Arbeiter Krankenfürsorge zu gewähren, ist keine Versicherung im Sinne des BGB. § 617 Abs. 2.

7. Über das Verhältnis des § 617 zu anderen Gesetzen.

a) Gesinderecht.

Über das Verhältnis des § 617 zu § 26 der Gesindeordnung für die Rheinprovinz vom 19. 8. 44, dem § 27 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwissenschaft (v. 30. 6. 1900) in Verbindung mit Art. 95 EGzBGB. vgl. Pr. OVG. **42** 314 ff., DIZ. **03** 275. — Über den § 27 einer- und das Verhältnis des § 617 zur Gesindeordnung für die Herzogtümer Schleswig und Holstein vom 25. 2. 40 (§§ 77, 78) andererseits ebenda 318 ff. — Über das Verhältnis des § 617 zum § 12 des Nassauischen Edikts vom 15. Mai 1819 (Art. 95 EGzBGB.) s. Frankf. Rundsch. **37** 188 ff. (OLG. Frankfurt). — S. auch IDR. **1** zu § 617 Note 2.

b) Recht der Unfallversicherung.

PrOVG. **42** 325, PrVBl. **24** 248, DIZ. **03** 275 (s. auch o. Note 2 d). § 617 ist durch das Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft vom 30. 6. 00 nicht abgeändert worden, sondern gehört zu den im § 27 Abs. 1 Satz 2 das. genannten gesetzlichen Bestimmungen, auf Grund deren die Beschäftigungs-

gemeinde Ersatz der von ihr gewährten Kosten des Heilverfahrens (nach § 29 Abs. 2 im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens) verlangen kann.

c) Unterstützungswohnungsgesetz. Zulässigkeit des Rechtswegs für Ersatzansprüche.

RG. DJZ. **03** 370 Nr. 14: Für die Inanspruchnahme eines Armenverbandes aus der nützlichen Verwendung auf Ersatz der Unterstützungskosten gemäß § 617 BGB., § 29 UWGes. ist der Rechtsweg zulässig. Das ordentliche Gericht ist auch ohne präjudizielle Vorentscheidung der Verwaltungsbehörde über die Unterstützungspflicht des in Anspruch genommenen Armenverbandes berufen, seinerseits auch über diese öffentlich-rechtliche Frage zu entscheiden. Es folgt dies aus der Zulässigkeit des Rechtswegs. Sonst könnten in allen derartigen Fällen die Parteien im Rechtsweg eine sachliche Entscheidung nicht erlangen. Es kommt nur darauf an, ob der Anspruch selbst ein privatrechtlicher ist.

8. De lege ferenda.

De lege ferenda bemerkt Schultzenstein 318 ff., daß man bei der in Aussicht genommenen Gesamtreform des Krankenversicherungsgesetzes auf den schon bei der Beratung des BGB. im Reichstage gestellten Antrag, den § 617 dadurch entbehrlich zu machen, daß § 1 KVG. den Zusatz erhalte: „4. in einer häuslichen Gemeinschaft, falls das Dienstverhältnis ein dauerndes ist, das die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt", zurückzukommen habe.

§ 618. Abs. 1.

1. Lotmar 240 ff.: Der Abs. 1 legt dem Arbeitgeber eine Leistungspflicht auf. Nicht mit der Beschaffung, wohl aber mit der Einrichtung und Unterhaltung hat er dem Arbeitnehmer etwas zu leisten.

2. OLG. **6** 82 (Celle): Die Verbindung der Schadensersatzklage aus § 618 mit der aus § 823 ist zulässig, wenn der Streitfall den Tatbestand beider Paragraphen deckt und beide Ansprüche erzeugt. Der Vertrag eines Gesangshumoristen fällt unter § 611. Auch wenn ein Stück auf dessen, des Dienstverpflichteten, Vorschlag ausgeführt, von ihm selbst verfaßt und von ihm die Vorbereitungen zur Aufführung selbständig getroffen sind, befindet sich derselbe im Dienste des Dienstherrn. — Über das Verhältnis zu § 254 s. o. zu 254 Note 12c unter γ.

3. Leonhard bei Eck 511 Anm. 4: Auch bei Werkverträgen, z. B. bei einer Arbeit auf einem Landgute, muß der Arbeiter u. U. einquartiert werden. §§ 617, 619 bleiben dann außer Betracht; aber der Grundgedanke des § 618 ist ex fide bona entsprechend anzuwenden und dem Arbeiter ein Anrecht auf menschenwürdige Wohnräume und Nahrungsmittel zuzusprechen.

4. Abs. 2.

RG. GoltdA. **50** 140—141. § 618 Abs. 2 gewährt dem Dienstboten kein selbständiges Hausrecht. Auch die tatsächliche Innehabung des ihm angewiesenen Schlafraums läßt das Hausrecht nicht übergehen.

5. Aus der Rechtsprechung. — Einzelne Fälle.

a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 261—262: Die dem Dienstherrn gemäß §§ 618 Abs. 1 BGB., 62 Abs. 1 HGB. obliegenden Pflichten erstrecken sich insbesondere auch auf den Schutz gegen Gefahren für Leib und Leben, welche aus Bränden in den Geschäftsräumen erwachsen. — Bestätigt vom **RG.** JW. **03** Beil. 57, wo weiterhin ausgeführt wird: um die Prinzipale haftbar zu machen, ist nicht erforderlich, festzustellen, daß sie die konkrete Art und Weise des eingetretenen rechtsverletzenden Erfolges haben voraussehen können. (Die Angestellten waren infolge ständigen Verschlossenhaltens der Glastüren im zweiten Stocke zu Schaden gekommen. Der Zweck, Diebstähle zu verhindern, entschuldigt nicht.)

b) Der Dienstmieter ist (nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes) aus dem Dienstvertrage verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der, dessen Dienste er mietet, bei der Leistung der Dienste gegen die Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als es nach der Natur der Dienstleistung möglich ist. Er ist insbesondere verpflichtet, die erforderliche Anweisung zu erteilen, wenn die Dienstleistung in einer mit Gefahren verbundenen Arbeit besteht und der Arbeiter nicht selbst schon ausreichend unterrichtet ist. Diese Grundsätze finden Anwendung auf einen Fall, wo ein einfacher Tagelöhner (Arbeiter, Zuckersieder in einer Fabrik) im Auftrage des Dienstherrn oder seines berechtigten Vertreters die Drähte einer Telephonleitung zum Zwecke der Erneuerung zu beseitigen versucht hat und infolge des Bruches einer Leitungsstange von der an diese gelehnten Leiter abgestürzt ist und die besondere Gefährlichkeit der alten Stange dem Auftraggeber zwar, nicht aber dem Arbeiter bekannt war; wenn der Betreffende selbst nicht sachkundig ist, so muß er sich eines Sachverständigen bedienen. BayrObLG., SeuffBl. 68 40 ff.

c) In SeuffBl. 68 303 ff. wird in Anknüpfung an ein Urt. des Bayr. ObLG. ein — französisch-rechtlicher — Fall besprochen, in welchem die Klägerin 11 Jahre lang (vom 14.—25. Lebensjahre) im Betrieb eines Metzgergewerbes Dienste geleistet und sich infolge der Beschäftigung in ungeeigneten Arbeitsräumen und durch die übermäßige Inanspruchnahme ihrer Arbeitskraft eine chronische Nierenerkrankung zugezogen hatte; in der „Nachschrift" wird betont: wenn auch die Verletzung des § 618 nicht als unerlaubte Handlung, wie vielleicht in der französischen Jurisprudenz angenommen wurde, sondern als eine Verletzung von Vertragspflichten gilt, so ist die Vorschrift doch mit Rücksicht auf ihren sozialpolitischen Charakter der vertragsmäßigen Änderung nicht unterworfen; sie ist also unabhängig von einem hierauf gerichteten Verlangen des Bediensteten zu erfüllen. Immerhin wird bei dem Ausharren im Dienstverhältnis, in welchem dem § 618 zuwiderlaufende Zustände bestehen, die Frage der §§ 276, 254 (konkurrierendes Verschulden) aufzuwerfen sein. Allein für die Frage, ob in der Fortsetzung des Dienstverhältnisses etwa ein stillschweigender Verzicht auf Schadensersatzanspruch zu erblicken ist, werden die obigen Gesichtspunkte zu beachten und auch von Bedeutung sein, ob sich der Bedienstete der in der Zukunft liegenden schweren Folgen seiner Gesundheitsbeschädigung bewußt war.

d) Über einen Fall von Haftung für einen Unfall bei einem Transportvertrag s. OLG. 6 80 ff. (Stettin), o. zu § 278 Note 9 e unter α.

e) Anspruch auf eigenes Bett. GewGer. 8 162 (Karlsruhe).

6. Abs. 2.

Lotmar 162 Anm. 1: Die im § 617 dem Dienstberechtigten auferlegte Arbeit ist nicht Vergütung, ebensowenig die im § 618 Abs. 2 genannten Leistungen, die Erteilung eines Zeugnisses im § 630, die Abnahme durch den Besteller (§ 640).

7. Einzelheiten.

Lotmar: a) Unter „Arbeitszeit" (469, 470) wird nicht die Vertragszeit verstanden, sondern die effektive Arbeitszeit oder Beschäftigungszeit, ausschließlich der Pausen, im Gegensatze zur Ruhezeit. — 477: Die Regelung der Arbeit („Dienstleistungen") in Abs. 1 begreift auch die der Arbeitszeit, durch deren zu lange Ausdehnung oder nicht angemessen eintretende Unterbrechung oder Verlegung auf ungeeignete Stunden das Leben oder die Gesundheit des Arbeitnehmers ebenfalls gefährdet werden kann.

b) Über die Bedeutung des § 618 Abs. 2 für den Begriff der häuslichen Gemeinschaft (a. a. O. 658 ff.) s. o. zu § 617 Note 3 b. — Auch hier kann die Aufnahme (663 ff.) Naturalvergütung, braucht sie aber nicht zu sein. Die „Verpflichtung" braucht mit ihr nicht notwendig verbunden zu sein. Neben den

durch Gesundheit, Sittlichkeit und Religion gebotenen Einrichtungen und Anordnungen sind auch diejenigen zu treffen, welche ausbedungen wurden, oder — als selbstverständliche — nach den Umständen oder der Verkehrssitte — nicht ausbedungen zu werden brauchten: z. B. für unversehrte Erhaltung der Effekten des Arbeitnehmers, namentlich zum Schutze gegen Feuer, Diebstahl, Witterung.

8. Abs. 3.

Lotmar 664 ff.: Der Abs. 3 bezieht sich auch auf die Verpflichtungen aus Abs. 2, aber nur, soweit diese der Erhaltung der Gesundheit des Arbeitnehmers dienen. Ein Versäumnis von Vorkehrungen, durch welches der Arbeitnehmer in seinem religiösen Gefühl oder Bedürfnis beeinträchtigt wird oder Gebote der maßgebenden Moral verletzt werden, führt nicht zu der Schadensersatzverpflichtung aus Abs. 3. Doch ist, Vermögensschaden vorausgesetzt, die Deliktsklage des § 823 Abs. 2 anwendbar. — Außerdem sind alle Verpflichtungen klagbar gemäß §§ 887, 889 ZPO.: Klage auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 270, 271 Abs. 1). — Über § 618 im Verhältnisse zu § 62 HGB. s. 667. —

9. Über einen Fall der Anwendung des § 254 auf § 618 s. OLG. **6** 82 ff. (Celle), o. Ziff. 2 u. zu § 254 Note 12c unter γ.

10. Kritik.

Lotmar 674 ff.: § 618 Abs. 2 ist einerseits weitergreifend als notwendig, andererseits viel zu eng. Im allgemeinen würde es genügen, dem Arbeitgeber die Pflichten bloß für den Fall aufzuerlegen, daß die Gewährung von Wohnung oder Kost zugleich Naturalvergütung ist. — Viel zu eng ist das Gesetz, insofern die Verpflichtung des Arbeitgebers eintreten muß, wo immer er Naturalvergütung in Wohnung oder Nahrung gewährt, auch wenn solche Gewährung nicht mit Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft verknüpft ist. — Auch sollte das Gesetz nicht bloß den erlittenen Vermögensschaden ersetzen, sondern das Prinzip des § 46 der Seem.O. von 1872 („eine den erlittenen Entbehrungen entsprechende Vergütung") ausdehnen. —

748 ff. hebt er schließlich den Charakter der Vorschrift nach der Richtung hervor, daß sie nicht bloß eine Pflicht, sondern auch ein Recht des Arbeitgebers statuiert. Er muß auch berechtigt sein, die erforderlichen Anordnungen zu treffen, unbekümmert um das Verhalten des Arbeitnehmers. Das bedeutet für die in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer die Pflicht, sich jenen Anordnungen und Einrichtungen zu fügen, soweit sie nach dem Gesetz erforderlich sind. So wird hier die Freiheit und Selbständigkeit des Arbeitnehmers in bestimmter Weise verringert (749).

§ 619. Schultzenstein 310 ff.: a) Die Unzulässigkeit eines ganzen oder teilweisen Erlasses „im voraus" bezieht sich nicht nur auf die Zeit vor dem Beginne des Dienstverhältnisses. Auch heißt „im voraus" weder, wie vielfach angenommen wird, „solange bis das Dienstverhältnis völlig abgelaufen sei", noch „vor Eintritt der Erkrankung", sondern bedeutet dasselbe wie „für die Zukunft" im § 1614 Abs. 1 BGB., d. h. daß jede Vereinbarung, welche sich auf die Folgezeit bezieht, also auch eine Vereinbarung während der Dauer der Erkrankung, ungültig ist.

b) Der Dienstberechtigte darf statt der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung auch nicht ein aliud gewähren, selbst wenn dasselbe kein minus ist.

c) Unbenommen bleibt es dem Dienstberechtigten, sich seiner Verpflichtungen auf dem Wege zu entledigen, daß er vertraglich mit dem Dienstverpflichteten ausmacht, dieser habe sich gegen Krankheit selber zu versichern.

§ 620. 1. Wesen und Bedeutung der Endbestimmung.

Lotmar. a) 524 ff.: Unter der Zeit des Abs. 1 kann nur verstanden sein eine Zeit, mit deren Ablaufe schon nach der Intention der Parteien das Verhältnis endigen soll. Dem muß sich Abs. 2 anpassen. Das Gesetz rechnet den Fall, in dem nur der Bestand des Verhältnisses zeitlich geregelt ist, zu den Fällen, in denen die Dauer nicht bestimmt ist. Bestimmt schlechthin ist danach nur diejenige Vertragszeit, deren Ende bestimmt ist. Jede andere ist mehr oder weniger unbestimmt.

b) Endbestimmung ist die vom Rechte oder von Personen durch Frist- oder Terminsetzung gegebene Festsetzung des Endes der Vertragszeit. Von außen her, gewissermaßen künstlich, wird dem Arbeitsverhältnis eine Grenze gestreckt. Nach dem Umfange der Arbeitsaufgabe richtet sich die Vertragszeit. Die Zeitgrenze oder das Ende der Arbeit ist die Zeitgrenze des Arbeitsverhältnisses, das Ende der Vertragszeit (§ 620 Abs. 2). Ein solches Arbeitsverhältnis, dem durch sein Pensum eine Grenze seiner Dauer gezogen ist, kann nicht als ein solches von unbestimmter Vertragszeit gelten. Die natürliche Begrenzung der Vertragszeit ist sowohl im Zeitlohnvertrage wie im Akkord anzutreffen (527 ff. Einzelfälle und Beispiele).

c) 530 ff. über die Frage, ob ein natürlich begrenztes Arbeitsverhältnis auch noch einer — vereinbarten — Endbestimmung zugänglich ist. Das durch Zeitlohnvertrag begründete Arbeitsverhältnis endigt zu der verabredeten Zeit. Der natürlichen Begrenzung bleibt nur die Bedeutung, das Verhältnis vor dem Eintritte der Endbestimmung aufzuheben, falls die Arbeit vorher vollendet wird. Anders beim Akkorde. Hier ist die Arbeitsaufgabe auch in das Entgeltverhältnis einbezogen, dadurch gewinnt hier die Endbestimmung auch noch die Bedeutung der Lieferzeit. Die Endbestimmung gewährt nur die Grundlage für eine einseitige Festsetzung des Endes durch den Arbeitgeber, indem dieser, falls die Arbeit bei Eintritt jener Endbestimmung nicht vollbracht ist, vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.

d) 532 ff. über die Frage, ob durch einseitige Endbestimmung — Kündigung — die Vertragszeit eines schon natürlich begrenzten Arbeitsverhältnisses geendigt werden kann. Hier ist die Zulässigkeit etwas Exzeptionelles. 537 ff. gesetzliche Fälle, in denen die Kündigung absolut zulässig (z. B. BGB. § 627), dispositiv zulässig (BGB. §§ 649, 626, HGB. § 69), dispositiv unzulässig (BGB. §§ 643, 653, 621—623) ist.

2. Endbestimmung in ihrem Verhältnisse zur Kündigung.

Lotmar. a) 547 ff. über die Frage, ob, falls eine (befristete) Endbestimmung anfänglich oder später vereinbart worden ist, zur Endigung der Vertragszeit noch eine einseitige Erklärung erforderlich ist, oder ob hierzu der Ablauf der in jener Endbestimmung gesetzten Frist hinreicht. Nur BGB. beantwortet diese Frage in Abs. 1 für Dienstverträge, mögen sie Zeitlohnverträge oder Akkorde sein. Indem die Kündigung nicht erwähnt wird, wird sie für nicht erforderlich erklärt. Dies gilt nicht nur von der Frist, für die das Dienstverhältnis eingegangen worden ist, sondern auch von derjenigen, die nachträglich durch Übereinkunft an die Stelle der anfänglichen gesetzt wurde, oder auch, wenn anfänglich keine Frist gesetzt war und das Dienstverhältnis als eines von unbestimmter Vertragszeit eingegangen wurde. Weiterhin bedeutet dies, daß, wo die Kündigung zum Erfordernisse gemacht ist, eine Endbestimmung gar nicht vorliegt. Das Bedürfnis der Kündigung ist mit dem gesetzlichen Begriffe der Endbestimmung nicht vereinbar.

b) 553 ff.: § 620 läßt andererseits die Kündigung nicht zu. Indem die Parteien im voraus einen Endtermin vereinbaren, begibt sich jede der Freiheit,

durch einseitige Erklärung das Ende vor jenem Termine herbeizuführen. Gleiches gilt für HGB. § 66 und für andere Dienstverhältnisse (näheres a. a. O.). Über gesetzliche Ausnahmen 554 ff.; z. B. BGB. § 624, KO. § 22, HGB. § 545 u. a.; oder auch: §§ 626, 627 und andere Fälle der Kündigung aus „wichtigen Gründen". Ferner kann auch durch Übereinkunft die regelmäßige Unkündbarkeit eines mit Endbestimmung versehenen Dienstverhältnisses ausgeschlossen oder doch auszuschließen versucht werden. Die Kündigung kann beiden Parteien oder auch nur einer vorbehalten werden. Der einseitige Kündigungsvorbehalt kann unsittlich sein beim Zusammentreffen von Kontrahenten sehr ungleicher ökonomischer Stärke, und ist es, wenn die dadurch bewirkte Bevorzugung der einen Partei die Übereinkunft als gegen die guten Sitten verstoßend erscheinen läßt; z. B. § 2 des Engagementsformulars des deutschen Bühnenvereins.

3. Dienstverhältnis auf Probe.

a) v. Frankenberg, DJZ. **03** 541, 542: Der Abschluß eines Dienstverhältnisses auf Probe ist im allgemeinen statthaft. Es kommt nur im Einzelfalle darauf an, ob wirklich eine Probebeschäftigung verabredet, oder ob nur ohne weitere rechtliche Bedeutung eine Redewendung gebraucht ist (vgl. v. Schulz-Schalhorn 232 Nr. 83; anderer Meinung die dort unter Nr. 82 angeführten Entscheidungen). Läßt sich die getroffene Vereinbarung feststellen, dann ist der Dienstvertrag als unter Beseitigung der gesetzlichen Kündigungsfrist und unter der auflösenden Bedingung abgeschlossen anzusehen, daß einer von beiden Teilen zu jeder Stunde innerhalb der Probezeit das Verhältnis aufzuheben erkläre. Ist keine Probezeit verabredet, so wird man eine angemessene Frist, die wie beim Lehrvertrage zwischen 4 Wochen und 3 Monaten schwanken mag, für maßgebend erachten dürfen (vgl. v. Schulz-Schalhorn 180 N. 14; Burchardt, Rechtsverhältnisse gewerbl. Arbeiter 51).

b) GG. Berlin, Baum 207: Die Annahme auf Probe schließt begrifflich die Vereinbarung jederzeitiger Entlassung bei sofortiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses in sich, ohne daß unter den Parteien noch die besondere Verabredung getroffen zu werden braucht, daß die Aufkündigung jederzeit erfolgen könne.

c) Sigel 151: Das Aushülfearbeitsverhältnis endigt nach § 620 Abs. 2 mit Erreichung des Aushülfezwecks, ohne daß es einer vorherigen Kündigung bedarf. Ist aber für das Aushülfeverhältnis von den Parteien eine besondere Kündigungsfrist festgelegt, so gelten für Betriebsbeamte und Handlungsgehilfen die Sondervorschriften des § 133a, c GO. und des § 69 HGB.

4. Inhaftierung des Dienstverpflichteten.

GG. Berlin, GewGer. **3** 79, Baum 203 ff. ist der Ansicht, daß durch die Inhaftierung des Arbeiters (Untersuchungshaft) das Arbeitsverhältnis nicht aufgehoben wird, sondern unverändert bestehen bleibt.

A. M. GG. Delmenhorst, Baum 204 ff., das ausführt: Allerdings besteht in einem solchen Falle das Arbeitsverhältnis trotz der tatsächlichen Verhinderung des einen Teiles rechtlich einstweilen weiter. Aber dieser Fortbestand ist nicht ohne Schranken. Die tatsächliche Unmöglichkeit der Fortsetzung muß, wenn eine gewisse Dauer hinzukommt, das Arbeitsverhältnis schließlich auch rechtlich beendigen. Der beiderseitige Beendigungswille muß vernünftigerweise als vorhanden angenommen werden, wenn längere Zeit hindurch keine Beziehungen zwischen den Parteien mehr bestehen. Ein Zeitraum von zwei Monaten und elf Tagen ist bei einer auf 14 tägige Kündigung angenommenen Fabrikarbeiterin als eine längere Dauer in diesem Sinne anzusehen.

5. Eck 516: Wird jemand auf Herstellung von 10 000 Ziegeln engagiert, so ist der Dienstvertrag auf die Zeit fixiert, die zur Herstellung dieser Zahl erforderlich ist.

§ 621. 1. Inhalt, Umfang, Wesen der Bestimmung.

Lotmar. a) 510 ff.: Mit dem lohnmessenden Zeitabschnitte — bei Zeitlohnverträgen — ist nicht auch die Dauer des Vertragsverhältnisses bestimmt. In zahllosen Zeitlohnverträgen ist die Vertragszeit unbestimmt gelassen. Ein gewisser Zusammenhang, bestehend in der Korrespondenz jenes Zeitabschnitts und der Kündigungsfrist, die je einen Teil der Vertragszeit ausmacht, ist im § 621 sanktioniert worden, wenn auch nicht genügend. Die Kündigungsfrist pflegt um so mehr ausgedehnt zu werden, je größer der lohnmessende Zeitabschnitt ist. Indem die Parteien wie das Gesetz den Zeitlohnvertrag, der einen größeren Zeitabschnitt enthält, auch mit einer längeren Kündigungsfrist versehen, verleihen sie ihm eine längere Vertragszeit (s. auch 586, 730).

Die Bestimmung der Vertragszeit kann auch beim Akkord in Frage kommen (512 ff.).

585: §§ 621, 622 beziehen sich nur auf die Kündigung von Zeitlohnverhältnissen.

b) Die gesetzlichen Kündigungsfristen greifen Platz ohne Rücksicht auf die Zahlungszeit, daher ohne Rücksicht auf das Bestehen und den Umfang einer Zahlungsperiode, haben auch nichts zu tun mit der Arbeitszeit oder Arbeitsperiode.

c) 597: Eine vorzeitige Kündigung ist gültig; dies ergibt sich aus dem Zusatze „spätestens". Ebenso GG. Stettin, GewGer. **3** 102 bei Baum 199.

d) 730: Die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten auch bei Naturalvergütung, auch bei Nebeneinanderstehen von Geld- und Naturallohn. Bedeutungsvoll für diejenigen Zeitlohnverhältnisse, in denen diese zwei Arten der Vergütung vorkommen und für die zweierlei Zeitabschnitte maßgebend sind. § 622 gibt eine Antwort für den Fall der Konkurrenz von Geldlohn mit Wohnung oder Beköstigung und in Ansehung gewisser Arbeitnehmer (näheres a. a. O. 731); s. auch unten zu § 622 Note 1.

2. Verhältnis zum gewerblichen Arbeitsvertrage.

Sigel 152: Die §§ 621—623, 626, 627 gelten nicht für den gewerblichen Arbeitsvertrag, da hier die §§ 122—124a, 133a RGO. maßgebend sind; bei Einstellung eines gewerblichen Arbeiters zur Probe ist vertragsmäßiger Ausschluß jeder Kündigungsfrist anzunehmen. So jetzt auch Landmann-Rohmer Anm. 2a zu § 122 GO.

3. Angabe von Entlassungsgründen.

GG. Berlin, Baum, Handbuch 198 ff.: Zur Angabe von Entlassungsgründen ist der Arbeitgeber bei vorheriger rechtmäßiger Kündigung nicht verpflichtet. Auch kann er seine Angestellten mit der Kündigung beauftragen.

4. Vereinbarung schriftlicher Kündigung.

GG. Görlitz, Baum 199/200: Wenn schriftliche Kündigung vereinbart ist, so gilt gleichwohl eine mündliche, gegen die der Entmündigte nicht protestiert, als rechtsgültig.

Vgl. auch die Urteile des AG. Rheydt und LG. Düsseldorf das. 200 ff.

5. Bemessung der Vergütung.

a) Nach Stunden. Vgl. IDR. **1** zu § 621.

b) In Gesindeverträgen.

KGBl. **14** 20 (KG.): Zwischen den Parteien (Ehefrau und Gesinde, Kutscher) war ein monatlicher Lohn vereinbart, dagegen nichts über die Dauer der Dienstzeit gesprochen worden. Es fragt sich, ob nicht die Vereinbarung eines monatlichen Lohnes die Vereinbarung der Dauer der Dienstzeit auf einen Monat unter der im § 114 der pr. Ges.-O. vorgesehenen stillschweigenden Verlängerung im Falle der Unterlassung einer Kündigung in sich schließt, also

eine besondere Verabredung über die Dauer der Dienstzeit im Sinne des § 41 zwischen Parteien getroffen ist. Diese Frage ist zu bejahen. Allgemein üblich — wenigstens in Berlin und Umgegend — ist es, daß, falls keine Dienstzeit auf bestimmte Dauer ausdrücklich vereinbart wird, die Vergütung nach dem Zeitabschnitt eines ganzen Jahres bemessen ist, und dabei stillschweigend vorausgesetzt wird, daß jeder Teil auf ein Vierteljahr gebunden, aber berechtigt ist, sechs Wochen vor Ablauf dieses Vierteljahrs zu kündigen. Wird abweichend hiervon die Vergütung — wie vorliegend — nach einem kürzeren Zeitabschnitte, namentlich nach dem eines Monats bemessen, so spricht die Vermutung dafür, daß das Gesinde nur monatsweise gemietet ist, also gemäß § 103 der Ges.-O. mit der Befugnis der Aufkündigung vor oder am 15. Tage des ersten Monats. (Speziell muß dies gelten, wenn eine Ehefrau ohne Genehmigung ihres Mannes Gesinde wie Kutscher mietet.) Das vorstehende Ergebnis würde sich auch ohne weiteres bei Anwendung des § 621 rechtfertigen. Wenn seine Anwendbarkeit auch durch Art. 95 EG. ausgeschlossen ist, so spricht doch schon der Umstand, daß für andere Dienstverträge vom Gesetzgeber aus der Bemessung der Vergütung nach Zeitabschnitten die Dauer der Dienstzeit gefolgert wird, für die obige Auslegung des Parteiwillens als eine billige und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entsprechende.

c) Bei Ärzten. Flügge 89: Bemessung der Vergütung nach Tagen kommt bei Ärzten kaum vor.

§ 622. 1. Lotmar 730—731: Oft erhalten Arbeitnehmer der im § 622 erwähnten Art neben dem Geldlohn auch Naturallohn (Wohnung, Kost). Solcher Naturallohn ist für den Tag bemessen, während der Geldlohn jener Arbeitnehmer für viel größere Zeitabschnitte bemessen zu sein pflegt. Die gesetzliche Ordnung hat sich nicht nach dem Zeitabschnitte für den Naturallohn gerichtet.

347 Anm. 1: Die festen Bezüge sind unabhängig von der Zahlungszeit.

659 Anm. 1: Die höheren Angestellten des § 622 (Gutsinspektoren, Hilfsärzte in privaten Heilanstalten) haben auch auf persönliche Bedienung Anspruch.

2. Beispiele:

a) Flügge 89: Leibärzte fürstlicher Personen, Anstaltsärzte, Schiffsärzte.

b) OLG. **6** 240 (Marienwerder). Das Zuschneiden von Lagersachen ist eine rein handwerksmäßige Tätigkeit, während das Zuschneiden nach Maß einen erheblichen Grad von Kunstfertigkeit und Geschicklichkeit erfordert. Ein solcher Zuschneider (der ein Gehalt von 2400 M. bezieht), ist als mit höheren technischen Dienstleistungen betraut anzusehen.

c) OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 63. Ein Lokomotivführer untersteht der GO., nicht dem § 622.

§ 623. 1. Lotmar 585, auch 514: § 623 bezieht sich nur auf die Kündigung von Akkordverhältnissen.

2. Lotmar. a) 527 Abs. 1: Aus der Verbindung von § 623 mit § 620 Abs. 2 ergibt sich, daß nicht jeder Vertrag, welcher ein Dienstvertrag ist, ein Dienstverhältnis von der Art begründet, daß dessen Dauer der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist.

b) Zu § 623 in Verbindung mit § 620 Abs. 2 s. a. a. O. 514: Die Voraussetzung, daß die Dauer des Dienstverhältnisses nicht aus der Beschaffenheit oder den Zwecken der Dienste zu entnehmen ist (§ 620 Abs. 2), ist gewöhnlich beim unbeschränkten Stücklohnvertrag erfüllt. Beispiel: der angestellte Vertrauensarzt einer Lebensversicherungsgesellschaft oder einer Berufsgenossenschaft.

3. Beispiele s. Lotmar 598 Anm. 4: Zwingendes Recht liegt nicht vor. Die Parteien können verabreden, daß nur mit einer gewissen Frist gekündigt werden könne. Hierdurch wird die befristete Kündigung mittels Privatdisposition eingeführt.

4. Über die unbefristete Kündigung im Gegensatze zur befristeten s. Lotmar 602 ff. Sie unterscheidet sich von ihr in Tatbestand, Rechtswirkung, Voraussetzung und Anwendungsgebiet.

607 ff. darüber, inwiefern das Recht unbefristeter Kündigung durch Privatdisposition erweitert, geschmälert oder ausgeschlossen werden kann.

§ 624. Lotmar. 1. 521 und Anm. 2: Wo das Gesetz an eine gewisse Dauer des Arbeitsverhältnisses Wirkungen knüpft, veranschlagt es nur die Zeit seiner Vollwirksamkeit und rechnet nicht die vor dieser liegende Vertragszeit ein. So sind im § 624 die 5 Jahre nicht vom Vertragsschlusse zu rechnen, wenn der Vertrag bedingt oder befristet war. Ebenso ist das „dauernde Dienstverhältnis" (§§ 617, 629, 630) vom Dienstantritte, nicht vom Abschlusse des bedingten oder befristeten Dienstvertrags zu messen.

2. Die gesetzlichen Bestimmungen, die „gesetzliche Kündigungsfristen" enthalten (585 ff.), setzen meist nachgiebiges Recht. Die einzige Ausnahme ist § 624, die Kündigungsfrist von sechs Monaten kann durch Übereinkunft nicht verlängert werden. Ihre Verkürzung aber ist zulässig (587, s. auch 628 Anm. 2), ebenso ist ihre Wegbedingung zulässig (628 Anm. 2). Vgl. auch IDR. **1** zu § 624 Abs. 1.

§ 626. 1. Einwirkung der unberechtigten Kündigung auf das Fortbestehen des Dienstverhältnisses. Vgl. IDR. **1** zu § 626 Note 1.

a) Im allgemeinen, insbesondere mit Rücksicht auf die Naturalleistungen.

Fischer, R. **03** 335: Durch die einseitige Kündigung des Verpflichteten wird das Dienstverhältnis mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes nicht aufgehoben. Anders, falls der Dienstberechtigte kündigt; hier erlischt das Dienstverhältnis von der Kündigung ab vollkommen, da der Verpflichtete keinen Anspruch darauf hat, daß ihm die Leistung seiner Dienste auch gestattet werde, und der andere Teil die vereinbarte Vergütung nur gegen Leistung der versprochenen Dienste schuldet. Der Dienstberechtigte kann also nicht in Verzug kommen, § 615 nicht Platz greifen, der Verpflichtete für die Zeit nach der Kündigung nicht die vereinbarte Vergütung verlangen. So kommt es also, wenn der Berechtigte kündigt, nicht auf die Wahrheit oder Unwahrheit der Angabe an. Daraus folgt, daß der Verpflichtete etwa ihm zur Benutzung überlassene Diensträume nicht mehr weiter benutzen darf; er hat wegen grundloser Aufkündigung lediglich einen Schadensersatzanspruch auch wegen Entziehung der Wohnung, ist aber verpflichtet, auf Erfordern die Deputatwohnung sofort zu räumen.

Dagegen Meyer, ebenda 356: Die vereinbarte Vergütung heißt auch Gewähr der Wohnung verlangen. So auch in einem Falle aus der Praxis die einstimmige Ansicht der Richter und Anwälte am OLG. Breslau. **RG. 42** 254 paßt nicht, als auf altem Rechte beruhend.

In derselben Frage wendet sich Boehm, ebenda 479 gegen die Begründung Fischers und Dernburgs, Bürg. Recht III (2) 73 Anm. 8, der aus § 855 das Recht für den Hausherrn, den Gutsbesitzer, den Fabrikanten usw. herleitet, den Portier, den Gärtner usw. aus der in Anrechnung auf den Lohn überlassenen Wohnung zu setzen, selbst wenn sie den obligatorischen Anspruch haben, noch länger darin zu verweilen. Es ist weder mit Fischer dasselbe Rechtsverhältnis anders zu beurteilen, je nachdem der eine oder andere Teil kündigt, noch mit Dernburg der § 855 zugrunde zu legen, sondern viel=

mehr der § 868. Deshalb ist der Ansicht von Meyer beizutreten. Die landrechtlichen Bestimmungen I 5 §§ 408, 409 dürfen in das BGB. nicht hineingetragen werden. Für das BGB. gilt § 241. Soll die Pflicht zur vertragsmäßigen Leistung in Fortfall kommen, so bedarf es dazu entweder des vertragsmäßigen Vorbehalts (§ 346) oder einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, z. B. § 626. In diesem Falle muß der Portier usw. die Wohnung selbstverständlich sofort räumen.

b) Im Verhältnisse zwischen Aufsichtsrat und Aktiengesellschaft. Vgl. o. zu § 611 Note 6b, u. zu § 626 Note 6bβ unter $\gamma\gamma$, 627 Note 5, 628 Note 4, 6, 7b, zu § 662 Note 5, zu § 671 Note 2, zu § 675 Note 1b.

α. Bernau 245: Bei denjenigen Verhältnissen zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und Aktiengesellschaft, die sich als Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung darstellen — s. unten zu § 627 —, finden auf die Amtsniederlegung die §§ 626, 671 Abs. 2 Anwendung (§ 675). In Frage kommt das Ausscheiden des Aufsichtsratsmitglieds aus dem Amte vor Ablauf der Wahlperiode aus nicht vertragsmäßigen Gründen durch einseitige, empfangsbedürftige, auf sofortige Beendigung des Vertragsverhältnisses gerichtete Willenserklärung (245). Die Kündigung kann jederzeit erfolgen, auch die unzeitige ist wirksam. Nur muß ein wichtiger Grund vorliegen (Motive II 468 ff.): Umstände, unter denen dem Aufsichtsratsmitgliede das längere Verbleiben im Amte nicht zugemutet werden kann, s. 249.

β. Bernau 263 ff.: Fehlt es an den Voraussetzungen für die Niederlegung des Amtes, so wird durch die Erklärung das Vertragsverhältnis nicht berührt. Sie hat höchstens Bedeutung als Antrag auf Aufhebung oder als Kündigung für den nächsten zulässigen Zeitpunkt. Liegen sie dagegen vor oder ist die Niederlegung an Voraussetzungen nicht gebunden, so wird das Verhältnis auch dann für die Zukunft zur Auflösung gebracht, wenn sie zur Vorzeit erfolgt. Dies gilt für alle drei Vertragsformen — s. o. zu § 611 Note 6b. — Aber nur in den Fällen, wo die Niederlegung auch ohne wichtigen Grund zulässig ist, steht die Beendigung des Vertragsverhältnisses alsbald im Augenblicke der Kündigung endgültig fest. In den übrigen Fällen entsteht leicht ein Schwebezustand dadurch, daß die Parteien hinsichtlich der Bedeutung des vorgebrachten Grundes verschiedener Meinung sind. Es muß dann erst die Entscheidung durch Leistungs- oder Feststellungsklage herbeigeführt werden.

Bei vorzeitiger Amtsniederlegung entstehen Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche. Das Gesetz regelt sie in den einzelnen Fällen, die es im Dienstvertrag und Auftrag behandelt, erschöpfend (266). Erfüllungsansprüche für die Zukunft sind ausgeschlossen. Wohl aber kommt die Leistungsklage in Betracht, wenn die A. G. das Vorliegen eines wichtigen Grundes bestreitet (266). Erfüllungsansprüche der Vergangenheit sind für die A. G. bei sämtlichen Vertragsformen ausgeschlossen. Anders verhält es sich mit denjenigen des Aufsichtsratsmitglieds (268). — Die allgemeinen Vertragsschadensersatzansprüche sind gleichfalls nicht gegeben; es müssen besondere Gründe vorliegen (271).

2. § 626 und § 325.

Der Dienstberechtigte hat, wenn dem Dienstverpflichteten die ihm obliegende Leistung unmöglich wird, kein Rücktrittsrecht im Sinne des § 325. Dieses wird vielmehr durch das im § 626 normierte Kündigungsrecht außer Kraft gesetzt. Titze, Unmöglichkeit, 296, und KrVSchr. **45** 379. — A. M. Kisch, KrVSchr. **44** 562.

3. § 626 und § 623.

Lotmar 611 Anm. 2: Der „Notausgang" des § 626 kommt auch dem durch Akkord begründeten Dienstverhältnisse zugute, falls die durch § 623 ge-

währte unbefristete Kündigung darum unstatthaft ist, weil die Dauer des Dienstverhältnisses bestimmt oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist (§ 620 Abs. 2).

4. Verhältnis des § 626 zum § 124a der GO. Vgl. IDR. **1** zu § 626 Note 3.

a) Lotmar 544 ff. spricht sich dafür aus, daß § 124a auch jetzt noch fortgilt. (Literaturangaben s. bei Lotmar a. a. O.): § 124a betrifft nur besonders geartete Dienstverhältnisse; aus dem EG.z.BGB. Art. 32 ergibt sich die Aufhebung nicht; mit dem BGB. ist die Bestimmung vereinbar, sobald man sie auf die durch ihre Parteien qualifizierten Dienstverhältnisse beschränkt; in mehreren reichsrechtlichen Publikationen — authentischen Interpretationen — ist sie nach Erlaß des BGB. als gültig behandelt worden. Näheres 545 zu 1. Durch Privatdisposition kann aber etwas anderes vereinbart werden. — S. auch § 624 Anm. 3; § 626 ist im Verhältnisse zur GewO. §§ 123, 124 nicht subsidiär.

b) Schalhorn, Vermeintliche Entlassungsgründe, Soz. Pr. **10** 67, v. Schulz-Schalhorn 107 ff.: § 626 findet auf gewerbliche Arbeitsverhältnisse leider keine Anwendung; eine Aufhebung der §§ 123, 124 GO. ist erwünscht.

Ebenso v. Schulz (über den § 123 Ziff. 3 der GO.), BraunsA. **11** 787 ff., v. Schulz-Schalhorn 109 ff., insbes. 114. — S. auch oben zu § 611 Note 3 a zu β.

5. § 626 und § 75 HGB.

OLG. **7** 476 (Karlsr.): Der § 75 HGB. (Wegfall des Konkurrenzverbots bei Kündigung aus wichtigen Gründen) findet auch auf Dienstverhältnisse des bürgerlichen Rechtes ohne weiteres, weil den Rücksichten der allgemeinen Billigkeit entnommen, Anwendung.

6. Wichtige Gründe. Vgl. IDR. **1** zu § 626 Note 2.

a) Allgemeines.

α. Lotmar 614 Anm. 1: Der wichtige Grund muß noch zur Zeit der Kündigung vorliegen.

β. **RG.** IW. **97** 115, — s. auch Baum 324: Es kann sehr wohl darin, daß derjenige, dem ein gewisser Umstand das Recht zum einseitigen Rücktritte von einem Vertragsverhältnisse verleiht, längere Zeit hindurch von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, ein Verzicht auf dieses Recht oder doch der Ausdruck seines Willens erblickt werden, daß das betreffende Vorkommnis für sich allein nicht als wichtiger Grund zur Lösung des Vertrags gelten solle. S. jedoch GG. Bromberg, GewGer. **8** 25, GewA. **2** 336.

γ. Über die Praxis der Gerichte bezüglich der Frage, ob das Verhalten eines ohne Kündigung Entlassenen bei der Entschädigungsklage in Betracht gezogen werden kann, s. Baum 286—288. Das GG. Berlin, die LG. Posen und Berlin I und das **RG.** haben — im Gegensatze zum GG. Offenbach — die Frage bejaht.

b) Einzelne Fälle.

α. Nichtanwendung.

αα. **RG.** IW. **03** 11 Nr. 26: Als ein wichtiger Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses ist es nicht anzusehen, wenn der Dienstherr aus Gründen der Konjunktur und ähnlicher Umstände wegen den Geschäftszweig, für den er den Dienstverpflichteten angenommen hat, nicht mehr betreiben kann. Er muß dem Angestellten, der zur Leistung der Dienste bereit und imstande ist, den Lohn für die bedungene Zeit zahlen.

ββ. Lotmar 667: Die durch den Arbeitgeber veranlaßte Klagerhebung wegen Verletzung der Pflichten aus § 618 bildet keinen wichtigen Grund, gemäß § 626 dem Arbeitnehmer zu kündigen.

β. Anwendung.

αα. Versagung der Naturalvergütung.

Lotmar 733: Die Versagung der Naturalvergütung kann einen wichtigen Grund gemäß § 626 abgeben.

ββ. Geschlechtskrankheit.

Flesch-Wertheimer — s. o. zu §§ 249 ff. Note 2 b — 54: Eine Geschlechtskrankheit kann einen wichtigen Grund im Sinne der §§ 626, 70, 77 HGB. abgeben.

γγ. Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Aktiengesellschaft. S. o. Note 1 b.

Bernau 250 ff. gibt eine Übersicht über einige typische Fälle: Gesetzwidrige und unlautere Beschlüsse des Aufsichtsrats, durch die das einzelne Mitglied überstimmt ist (251), Verletzung gesetzlicher Pflichten (252, 253). Auch das Verhalten des Vorstandes und der Generalversammlung kann einen wichtigen Grund abgeben (253, 254), ferner Ereignisse, welche die Gesellschaft als solche berühren (255—257). Wichtige Gründe können auch in der Person des Dienstverpflichteten eintreten: Umstände, welche dem Mitgliede die gewissenhafte Wahrnehmung seines Amtes erheblich erschweren oder ganz unmöglich machen (257, 258), wenn ein ursprüngliches Zusammenwirken mit den anderen nicht mehr möglich ist (258), auch rein objektive Umstände können in Betracht kommen (258, 259).

Wesentlich verschieden sind die Voraussetzungen für die Amtsniederlegung bei den anderen beiden Vertragsformen: wenn das Verhältnis zwischen Mitglied und Gesellschaft sich darstellt als Auftrag oder Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung nach § 627.

Ferner über die gleichen Fragen Zitelmann 62. Über wichtige Gründe s. das. 58 ff. Krankheit, Todfeindschaft mit anderen Mitgliedern, Auswanderung, Ausweisung als Ausländer, längere Freiheitsstrafe usw. — Weiter: bedeutsame Statutenänderung, Verlegung des Sitzes der A. G., Ausdehnung des Betriebs auf allzu gewagte Unternehmungen, beharrliche Verweigerung der Vergütung usw. Oder auf reine Zufälle: Krieg, Pest, Belagerungszustand und dergl. —

In der Amtsübernahme trotz Kenntnis derartiger Gründe muß regelmäßig ein Verzicht auf ihre Geltendmachung erblickt werden. Grobfahrlässige Nichtkenntnis oder Herbeiführung solcher Umstände durch eigenes schuldhaftes Verhalten läßt den unzeitigen Rücktritt nicht als zulässig erscheinen. —

62: Andererseits kann — a. M. Oertmann, Kommentar 345 Note 3 c — u. U. auch in einem durch schuldhaftes Verhalten des Dienstpflichtigen herbeigeführten Umstand in seiner Person ein wichtiger Grund zur Niederlegung liegen. Es muß genügen, daß das Dienstverhältnis nicht fortsetzbar erscheint, wie es z. B. bei selbstverschuldeter Krankheit der Fall ist. Nur gibt das keinen wichtigen Grund zur unzeitigen Niederlegung ab.

62: Vertragsmäßiger Verzicht auf die Geltendmachung des nach §§ 626, 627 gegebenen Kündigungsrechts durch den Dienstverpflichteten ist unwirksam, trotzdem, was bedenklich ist, § 671 Abs. 3 im § 675 nicht mit für anwendbar erklärt ist.

68 ff.: Bei ungerechtfertigter Kündigung bleibt das Mitglied — anders als wenn Auftrag vorliegt, s. u. zu § 671 — an sein Amt gebunden. — Dagegen steht die Unzeitigkeit der Kündigung der Auflösung nicht entgegen (69). Im § 626 handelt es sich um eine lex perfecta, im § 671 Abs. 2 um eine lex minus quam perfecta (s. auch Satz 2 des § 671 Abs. 2).

Es findet zweifellos nach § 675 Abs. 2 auch auf § 626 der § 671 Abs. 2 Anwendung.

δδ. Gesinde-Züchtigungsrecht.

LG. Lyck, PosMschr. **03** 129: Eine im Affekt begangene geringe Tätlichkeit ist kein Grund zur sofortigen Aufhebung des Dienstvertrags. Dazu bedarf es nach wie vor einer die Gesundheit oder das Leben gefährdenden Mißhandlung oder ungewöhnlicher und ausschweifender Härte in der Behandlung des Gesindes (vgl. Planck Anm. 2 z. Art. 95; Lindenberg, Ges.Ord. Einl. 2 und 3, § 77 Anm. 1 und 2; § 52 Anm. 2; Nußbaum, Ges.Ord. § 77 38; § 52 31 Anm. 2).

In gleichem Sinne OLG. **7** 476 (Stettin): Trotz Art. 95 Abs. 3 EG. z. BGB. ist die Frage, ob eine Mißhandlung das Gesinde zum Verlassen des Dienstes berechtigt, lediglich nach den §§ 130, 131 der — preußischen — Ges.O. zu beurteilen, (der weibliche Dienstbote hatte den Dienst wegen vier Ohrfeigen verlassen; seine Entschädigungsklage ist abgewiesen). —

➳ Die Entscheidung erscheint bedenklich schon wegen der praktischen Konsequenzen. Das Gericht läßt es in Frage gestellt, ob nicht auch der § 71 der Ges.O. beseitigt sei, so daß das Gesinde jetzt gerichtliche Genugtuung auch wegen geringer Tätlichkeiten fordern kann. So wäre also der Dienstbote gezwungen, bei der Herrschaft, gegen die er Privatklage angestrengt, im Dienste zu verbleiben. Oder soll es etwa für die Herrschaft einen wichtigen Grund zur Kündigung abgeben, wenn der Dienstbote von diesem Rechte Gebrauch macht? Das ist undenkbar. — Auch eine leichte Züchtigung ist heute nicht mehr zuzulassen, wenn nicht Erziehungsrechte übertragen sind. — Red. ⟵

εε. Geltendmachung des Differenzeinwandes.

RG. 53 266, DJZ. **03** 253 Nr. 31 billigt die Auffassung, wonach die Geltendmachung des Differenzeinwandes durch den Geschäftsführer einer G. m. b. H. einen wichtigen Grund für seine Entlassung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist bilde. Ein Börsenspieler ist als Verwalter des fremden und eigenen Vermögens minder vertrauenswürdig. Auch liegt ein Mangel an Selbstbeherrschung in der Verwaltung seiner eigenen Angelegenheiten vor; und durch die Lossagung von dem gegebenen Versprechen, — mag auch das Gesetz die Erzwingbarkeit verlangen, — schädigt er seine kaufmännische Ehre so sehr, daß das Verbleiben eines solchen Mannes an der Spitze des Unternehmens auch den Ruf des letzteren zu schädigen geeignet ist. Zustimmend Staub, DJZ. **03** 390. Vgl. auch ebenda 499 Heilborn, Differenzeinwand und gute Sitten. Auch dem Konkursverwalter ist nicht mehr zuzumuten, sich des Einwandes zu bedienen, wenn der Gemeinschuldner ein Kaufmann ist.

§ 627. 1. Lotmar 615: Das Kündigungsrecht — wenigstens das des Arbeitgebers — ist unbeschränkbar.

2. Lotmar 347 Anm. 1: Die „festen Bezüge" sind unabhängig von der Zahlungszeit.

3. Wann fehlt ein dauerndes Dienstverhältnis? S. Lotmar 546 ff., oben zu § 617 Note 2 c.

OLG. **7** 472 (KG.) — s. auch zu § 615 Note 4a —: In dem Falle, daß ein Rechtsanwalt einem Gerichtsassessor seine Vertretung für zwei Monate gegen Vergütung überträgt, steht kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen in Frage.

4. Die unzeitige Kündigung.

a) Thiele, A.zivPr. **89** 161—162: Die unzeitige Kündigung ist nicht unwirksam, verpflichtet aber zum Schadensersatze.

Eine zu früh erfolgte Kündigung schadet in der Regel nicht. Die Kündi-

gung kann vor Antritt des Dienstes erklärt werden; doch darf die Kündigungsfrist nicht schon abgelaufen sein.

Die verspätete Kündigung ist von Fall zu Fall zu beurteilen.

b) AG. II. Berlin, KGBl. 14 39: Unter unzeitiger Kündigung nach § 627 Abs. 2 Satz 2 kann nur eine solche verstanden werden, welche den Dienstberechtigten außer Stand setzt, für das aufgetragene Geschäft anderweite Fürsorge zu treffen. Einen Schadensersatzanspruch gewährt das Gesetz nur in diesem Falle und im § 628 Abs. 1 Satz 2. Allein gleichwohl darf das an sich freie Kündigungsrecht bei Dienstverträgen höherer Art nicht den vertragstreuen Dienstberechtigten schädigen. Kündigt ein Rechtsanwalt nach Einlegung oder vor Erledigung einer Revision grundlos, so hat die in der Revisionsinstanz geleistete anwaltliche Tätigkeit als von ihm herrührend kein Interesse für den Mandanten (§ 628 Abs. 1 Satz 2), da ein anderer Rechtsanwalt gegen volle Bezahlung ihm diese Tätigkeit gewährt, er muß deshalb die erhaltene Prozeßgebühr als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben. — Anderer Auffassung das LG. II als Berufungsinstanz ebenda: § 628 ist ausgeschlossen durch § 50 der GebO. für RA. Allein §§ 627 BGB., 50 GebO. sind keine zwingenden Rechtsnormen, sondern können durch Privatautonomie von der Anwendung ausgeschlossen werden. Die §§ 626 ff. bestimmen nur, in welchen Fällen beim Mangel besonderer Abrede die Schadensersatzpflicht eintritt. Wie nach ALR., so besteht auch nach BGB. ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Zuwiderhandlung gegen die Abrede bezüglich der Kündigung. Aus der ganzen Stellung des Anwalts ist zu folgern, daß die Privatperson, welche sich an den Anwalt wendet, mit dessen Berufspflichten rechnen und erwarten kann, daß seine Handlungsweise eine solche sein werde, welche sie nicht schädigt. Da die Kündigung des Mandats vor seiner Erledigung geeignet ist, eine solche Schädigung hervorzurufen, muß es bei der Erteilung und der Übernahme des Prozeßauftrags als stillschweigender Vertragswille angesehen werden, daß, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, der Anwalt den Auftrag bis zur Erledigung durchführt. Legt er die Vertretung nieder, so müssen die Gründe sich als objektiv ausreichend nachprüfen lassen.

5. Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern der Aktiengesellschaft. S. insbes. o. zu § 626 Note 1 b.

a) Zitelmann: Die Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft leisten Dienste höherer Art. Aber nicht häufig werden die weiteren Erfordernisse des § 627 „dauerndes Dienstverhältnis" ➵ a. a. O. 53 steht „nicht"; dies ist offenbar ein Versehen. — Red. ⇠ und „nicht feste Bezüge" gegeben sein (HGB. § 243 Abs. 2). Somit wird § 627 auf den fraglichen Vertrag nur selten zur Anwendung kommen (54).

Über unzeitige Niederlegung s. oben zu § 626 Note 6 b, β unter γγ.

Über die Folgen der ungerechtfertigten Kündigung s. oben zu § 626 Note 1 b.

b) Bernau 260 ff.: Falls zwischen Aufsichtsratsmitglied und Aktiengesellschaft ein Verhältnis im Sinne des § 627 (s. o. zu § 611 Note 6 b Fall zu III) vorliegt, so kommt für die Frage der Amtsniederlegung gemäß § 675 der § 671 Abs. 2 in Betracht. Da jedoch bereits § 627 Abs. 2 den Fall der unzeitigen Kündigung in derselben Weise wie § 671 regelt, so beschränkt sich hier die Wirkung des § 675 darauf, daß an die Stelle der Worte, „daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann" zu setzen ist: „daß der Dienstberechtigte für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann". Es kann auch hier jederzeit ohne besondere Veranlassung das Amt niedergelegt werden, wie beim Auftragsverhältnisse vgl. unten zu § 671 Note 2.

6. Flügge, Recht des Arztes 88, erblickt eine Kündigung durch konkludente Handlung seitens des Kranken darin, daß er die bis dahin besuchte Sprechstunde des Arztes nicht mehr aufsucht.

§ 628. 1. Abs. 1 Satz 1.

Lotmar 142: In Satz 1 ist eine besondere Veranschlagung des Auslagenersatzes ausgesprochen. Danach ist dem Arbeitnehmer, der z. B. für den Anfang der Arbeit unverhältnismäßig größere Auslagen gehabt hat, ein größerer Teil der Vergütung zuzubilligen, als ihm nach Maßgabe der Arbeit zukommen würde. —

Unter dem „seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung" ist ein Teil der im Arbeitsvertrage vereinbarten Vergütung zu verstehen, ohne Unterschied, ob die Arbeit vom Arbeitnehmer selbst verrichtet worden ist oder nicht. Die bisherigen Leistungen begreifen auch die von Dritten verrichtete Arbeit.

2. Abs. 1 Satz 2.

Lotmar 644 ff.: Da die Kündigung nach Abs. 1 Satz 2 erfolgen kann, ohne daß den Kündigenden der geringste Vorwurf trifft, so bedeutet die Rechtsfolge des Verlustes des Anspruchs auf die bis dahin verdiente Vergütung eine sehr eingreifende Schranke des durch §§ 626, 627 verliehenen Kündigungsrechts, da der Arbeitnehmer es nur unter Verzicht auf den verdienten Arbeitslohn ausüben darf und dafür büßen muß, daß seine bisherigen Leistungen für den anderen Teil interesselos werden. Andererseits bedeutet bei Kündigung seitens des Arbeitgebers wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers der Entzug des Entgelts wegen Interesselosigkeit eine große Verschärfung seines Kündigungsrechts. Eine empfindliche Imparität liegt insofern vor, als der Arbeitnehmer bloß einen Schadensersatzanspruch hat, wenn er infolge vertragswidrigen Verhaltens kündigt, der Arbeitgeber jedoch im entsprechenden Falle außer diesem noch das Recht, die ihm geleistete Arbeit unentgolten zu lassen.

3. Abs. 1 Satz 2. „Vertragswidrig". S. auch unten Note 10.

In Übereinstimmung mit Lotmar, 245, erklärt Schultzenstein, 315, daß „vertragswidrig" auch dasjenige Verhalten ist, durch welches eine Pflicht verletzt wird, die das Gesetz, ohne daß sie einer Bestimmung des gegebenen Dienstvertrags entspricht, generell an Dienstverträge von gewisser Art geknüpft hat. Daher kann der Dienstverpflichtete bei Verletzung der Verpflichtung des Dienstberechtigten aus § 617 ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Dienstverhältnis nach § 626 kündigen und nach § 628 Abs. 2 Ersatz des durch die Aufhebung entstandenen Schadens verlangen.

4. Abs. 1 Satz 1 und 2. Verhältnis der Aufsichtsratsmitglieder zu ihrer A.G. Vgl. insbes. o. zu § 626 Note 1 b.

Bernau 269: Wenn das Aufsichtsratsmitglied durch vertragswidriges Verhalten der A.G. zur Amtsniederlegung veranlaßt worden ist, so kann es einen verhältnismäßigen Teil der Vergütung ohne Rücksicht darauf verlangen, ob die bisherigen Leistungen von Wert oder Interesse für die Gesellschaft sind. Anderenfalls sind sie nur soweit zu vergüten, als sie für die Gesellschaft von Interesse sind.

5. Abs. 3 Satz 1.

Lotmar 642 ff.: Die Regelung der Rückerstattungspflicht ist nicht erschöpfend. Sie bezieht sich a) bloß auf die Rückerstattung der — wohl auch den Auslagenersatz begreifenden — Vergütung, nicht auch des separaten Auslagenvorschusses, wofür §§ 812, 818 gelten würden, b) nur auf eine Art der Endigung der Vertragszeit: die unbefristete Kündigung aus §§ 626 oder 627; in diesen Fällen wird die Rückerstattung bald nach § 347, bald nach §§ 812 ff.

geregelt. Diese Vorschriften gelten auch, wenn das Dienstverhältnis auf andere Art als durch die erwähnten Kündigungen endigt: auch in den Fällen der §§ 621—624, sowie der vertraglich entfristeten Kündigung und ebenso bei Beendigung des Dienstverhältnisses infolge vereinbarter Endbestimmung oder natürlicher Begrenzung findet Rückerstattung des unverdienten oder unverbrauchten Vorschusses statt. —

Diese Rückerstattungspflicht ist auch bei anderen Arbeitsverträgen anzunehmen, sobald das Arbeitsverhältnis auf eine der vorbezeichneten Arten zu Ende geht: z. B. beim Werkvertrage mit Geschäftsbesorgung, entgeltlicher Verwahrung, beim gewerblichen Arbeitsvertrag usw.

Nur bestehen gewisse Schranken (643 ff.): U. U. Kompensationsrecht des Arbeitnehmers infolge eines ihm erwachsenden Schadensersatzanspruchs (Seem.O. § 59 Abs. 1), auch durch Privatdisposition kann die Rückerstattungspflicht modifiziert sein. —

Eine Ausdehnung der Pflicht liegt darin, daß, soweit der Anspruch auf die Vergütung erlischt, die pränumerierte Vergütung zurückzuerstatten ist, obwohl die durch sie zu entgeltende Arbeitsleistung vorgenommen ist: beim nachträglichen Fortfall des Interesses des Arbeitgebers an der Arbeit.

6. Abs. 1 Satz 3 in bezug auf das Verhältnis des Aufsichtsratsmitglieds zur A. G. Vgl. o. Note 4.

Bernau 267: Legt ein Aufsichtsratsmitglied sein Amt infolge eines von ihm zu vertretenden Grundes nieder, so ist die vorweg gezahlte Vergütung vom Tage des Empfanges an zu verzinsen; anderenfalls fällt die Verpflichtung zur Herausgabe weg, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

7. Fälle aus § 628 Abs. 1.

a) Akkordarbeiter-Verhältnis.

Sigel 175: Der § 628 Abs. 1 bezieht sich nur auf die Berechnung des dem Arbeiter zustehenden Lohnanspruchs bei außerordentlicher, ohne Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist erfolgender Lösung des Arbeitsverhältnisses. Der Anspruch des Akkordarbeiters, der nach ordnungsmäßiger Kündigung infolge Ablaufs der Kündigungsfrist seine Akkordarbeit nicht beendigen konnte, ist daher nicht nach § 628 Abs. 1, sondern nach § 323 Abs. 1 in Verb. mit §§ 472, 473 zu berechnen.

b) Aufsichtsratsverhältnis bei der Aktiengesellschaft. Vgl. o. Note 4, 6.

Zitelmann 71: § 628 Abs. 1 liegt vor, wenn ein Aufsichtsratsmitglied einer A. G. wegen wichtiger Gründe, die in seinen eigenen Verhältnissen liegen, ausscheidet, nachdem eine kontrollierende Tätigkeit von ihm nicht zu Ende geführt ist, so daß sein Nachfolger von neuem damit beginnen muß.

8. Abs. 2. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs.

Lotmar 731 ff: Zu dem Schaden (der §§ 628 Abs. 2 BGB., 70 Abs. 2 HGB.) gehört auch der Entgang der Vergütung, der Natural- wie der Geldvergütung. In Ansehung der letzteren kann das „Herstellen" gemäß § 249 darin bestehen, daß die Naturalleistung durch den früheren (ersatzpflichtigen) Arbeitgeber erfolgt. Allein bestimmte Naturalleistungen sich gewähren zu lassen, ist dem früheren Arbeitnehmer nicht zuzumuten: so Kost und Logis beim Arbeitgeber. Oft wird dieser auch jetzt der Naturalleistung abgeneigt sein. Hier muß die entgangene Naturalvergütung in Geld umgesetzt werden.

Bernau 275: Es gelten dieselben Grundsätze wie bezüglich § 671 Abs. 2. Besonderheiten nur wegen des Umfanges: positives und negatives Vertragsinteresse, ferner § 252 (276).

9. Abs. 2. Gesamthaftung Mehrerer bei Streik usw.

Sigel 186: Liegen die Voraussetzungen des § 628 Abs. 2 vor, so kann der durch das vertragswidrige Verhalten des anderen betroffene Teil anders als nach § 325 sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses und daneben Schadensersatz begehren. Die vom RG. (47 248) unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes bejahte Frage, ob mehrere Arbeiter bei gemeinsamem vertragswidrigen Verhalten im Sinne des § 628 Abs. 2 als Gesamtschuldner haften, ist nach § 628 Abs. 2 in Verb. mit §§ 421, 407 zu verneinen. Ebenso der Einsender der Entscheidung in den WürttJ. 13 166. Vgl. auch Leonhard bei Eck 510 Anm. 3.

10. Vertragswidriges Verhalten. S. auch oben Note 3.

GG. Weimar 10, Baum 284: § 628 Abs. 1 beseitigt auch für das Gewerberecht jeden Zweifel an der Auffassung, daß der Arbeitgeber dem Arbeiter, den er durch Beleidigungen im Sinne des § 124 Ziff. 2 RGO. zum Verlassen des Dienstes veranlaßt, schadensersatzpflichtig ist. — Ebenso GG. Stuttgart das. 285: Der Begriff „vertragswidriges Verhalten" darf nicht zu eng ausgelegt werden; zu der Vertragspflicht aus dem Dienstverhältnisse gehört nicht bloß Leistung der Arbeit und Bezahlung des Lohnes, sondern auch Anwendung der gehörigen Sorgfalt, Unterlassung bestimmter Handlungen, gegenseitige Achtung (§§ 123, 124 GO.).

11. Anwendungsgebiet.

a) Lotmar 367 macht darauf aufmerksam, daß im § 628 die Rückerstattung der im voraus entrichteten Vergütung nur für den Fall geregelt ist, daß das Dienstverhältnis nach §§ 627, 628 geendigt wird, während Vorausentrichtung und Rückerstattung der Vergütung auch in Frage kommen, wo das Dienstverhältnis durch vertragsmäßige unbefristete Kündigung und wo es durch befristete geendigt wird.

b) Lotmar 645: Die Ordnung des § 628 ist in anderen Fällen der Kündigung, nämlich bei befristeter oder entfristeter Kündigung, nicht anwendbar, obwohl der Tatbestand dem Abs. 1 gleich sein kann. Die Erstreckung auf außerhalb des BGB. geregelte Dienstverträge ist möglich, nicht aber auf andere Arbeitsverträge, z. B. den entgeltlichen Verwahrungsvertrag, den Werkvertrag. Hier ist es also praktisch bedeutungsvoll, ob ein Akkord als Dienstvertrag oder Werkvertrag zu gelten hat.

§ 629. 1. Von welchem Zeitpunkt an ist der Urlaub zu gewähren?

a) Sigel 176: Dauernde Dienstverhältnisse im Sinne des § 629, der eine zwingende Vorschrift gibt, sind alle Dienstverhältnisse, welche von den Parteien auf längere Zeit angelegt sind. Bei Dienstverhältnissen, welche auf eine bestimmte, längere Zeit eingegangen sind, muß der § 629 analog angewendet werden, und zwar in der Weise, daß der Urlaub von dem Zeitpunkt an zu gewähren ist, in dem ohne die Zeitbestimmung zu kündigen gewesen wäre.

b) Lotmar 523 Anm. 2: „Kündigung" wird hier im prägnanten Sinne von befristeter Kündigung gebraucht (anders in §§ 627, 628); denn nach unbefristeter Kündigung kann nicht von Zeitgewährung die Rede sein.

569 Anm. 2: Darüber, daß § 629 u. U. auch bei anfangs ungültiger Kündigung Platz greift, auch bei befristeter Kündigung, 582 Anm. 1, s. auch 603 Anm. 1.

2. Angemessener Zeitraum.

a) Sigel: Welche Zeit im Sinne des § 629 als angemessen anzusehen sei, kann nur im einzelnen Falle nach Lage der Verhältnisse entschieden werden.

b) Lotmar 477: Die vom Arbeitgeber zu gewährende Zeit fällt in die

Arbeitszeit, da die Erholungszeit ohnedies zur Verfügung des Arbeitnehmers steht. Es wird hier dem Arbeitgeber eine Beschränkung der Arbeitszeit zur Pflicht gemacht.

c) GG. Frankfurt, GewGer. **8** 166, Baum 402: Dem Arbeitgeber bleibt es überlassen, den Zeitpunkt der Entfernung aus der Arbeit zu bestimmen; doch muß die Zeit dem Arbeiter für den fraglichen Zweck dienlich sein. Der Arbeiter, der eine bestimmte Stunde frei haben will, muß jedenfalls den Arbeitgeber vorher davon in Kenntnis setzen. Vgl. u. Note 4 b.

In gleichem Sinne ebenda GG. Stuttgart, GewGer. **8** 166, Baum a. a. O.: Die ganze Sachlage ist nach billigem Ermessen zu beurteilen. Wenn dringende Arbeit zu machen ist, so ist das Verlangen, gerade in der betreffenden Stunde wegzugehen, unbillig. —

3. Lohnanspruch für die Urlaubszeit? S. auch IDR. **1** zu § 629.

Sigel: Bezüglich der Lohnzahlung für die Urlaubszeit nach § 629 ist § 616, sofern die Parteien nicht ein anderes verabredet haben, anzuwenden.

Nach einem Urteile des GG. Solingen, GewGer. **7** 142, Baum 404 ist dem Arbeiter die Zeit, für die er gemäß § 629 beurlaubt ist, nach § 616 zu vergüten. Ebenso Schalhorn bei v. Schulz-Schalhorn 160. — Entgegengesetzt GG. Frankfurt a. M., bei Baum 404, wo der Lohnanspruch im Hinblick auf §§ 325 Abs. 1, letzter Satz, 323 versagt wird; § 616 ist im Falle des § 629 nicht anwendbar. — GG. Hamburg ebenda 406, GewGer. **8** 166, hält den § 616 für vertragsmäßig (durch die Arbeitsordnung) ausschließbar.

4. Selbsthilferecht oder Schadensersatzanspruch?

a) Sigel: Wird dem gemäß § 629 vom Arbeiter gestellten Verlangen nach Urlaub vom Arbeitgeber nicht stattgegeben, so kann der Arbeiter sich den Urlaub nehmen; vgl. § 229.

b) Entgegengesetzt GewGer. **8** 166 (Frankfurt a. M.): Der Arbeiter kann nur auf Gewährung von Zeit event. auf Schadensersatz klagen. Entfernt er sich aber ohne Genehmigung des Arbeitgebers, so kann er wegen unbefugten Verlassens der Arbeit sofort entlassen werden. Vgl. o. Note 2 c.

5. Vgl. hinsichtlich des Begriffes des dauernden Dienstverhältnisses Lotmar 521 Anm. 2, oben zu § 617 Note 2 und § 627 Note 3. S. auch IDR. **1** zu § 629.

§ 630. 1. Über die geschichtliche Entwickelung des § 113 RGO. (§ 630) s. den Aufsatz von Schalhorn „Arbeitszeugnis, Lehrzeugnis und Arbeitsbuch" bei v. Schulz-Schalhorn 7 ff.; vgl. auch BraunsA. **14** 148 ff.

2. Natur des Anspruchs.

Langheineken, Anspruch und Einrede 111: In dem § 630 ist ein „verhaltener Anspruch" — s. oben zu § 284 Note 2 und zu § 194 Note 4 b — gegeben. Hat der Verpflichtete das Verlangen nach einem gemäß Satz 2 vereinbarten Zeugnisse gestellt, so kann er ein dem nicht entsprechendes zurückweisen (§ 266), ohne in Annahmeverzug zu geraten. Anderenfalls tritt Annahmeverzug ein; es können dann für den Dienstherrn Rechte aus § 304 und § 273 Abs. 2 entstehen, trotzdem ein (verhaltener) Anspruch auf das vereinbarte Zeugnis existiert.

3. Zeugnis über Leistungen oder Führung. Recht auf alternatives Zeugnis?

a) Dagegen Wittner, Holdheims MSchr. **12** 176 ff. Er teilt zwei Urteile — des LG. Berlin und des KG. — mit, wonach die Frage, ob das Zeugnis auf Verlangen des Berechtigten lediglich auf seine Leistungen und nicht zugleich auf seine Führung, oder umgekehrt, auszudehnen ist, mit übereinstimmenden Gründen bejaht wird. Wittner erblickt hierin einen Verstoß gegen den Zweck des Gesetzes, dem Angestellten das Fortkommen zu erleichtern: ein Zeugnis

mit der fraglichen Beschränkung ist kein beweisdienliches Zeugnis. Meist fließen überdies Führung und Leistungen in eins zusammen. Auch wird durch die obige Verneinung der Frage dem Prinzipale geradezu eine Handlung bzw. Unterlassung zugemutet, die gegen Treu und Glauben verstößt; denn derjenige Angestellte, der sich ein derartiges Zeugnis erbittet, tut dies regelmäßig in der Erwartung, daß derjenige, dem gegenüber er davon Gebrauch macht, aus der bezeugten Güte der Leistungen auf die Qualität der Führung zurückschließen und diesbezüglich keine weiteren Erkundigungen vom Aussteller einholen werde.

b) Dafür die Praxis:

RG. JW. **97** 350 Nr. 27, Baum 171: Der § 113 RGO. gestattet dem Arbeitgeber nicht, dem Arbeitnehmer ein Zeugnis über Führung und Leistungen aufzudrängen. Wer nur ein Zeugnis über seine Beschäftigung und seine Führung verlangt, braucht ein Zeugnis, das sich auch auf seine Leistungen erstreckt, nicht anzunehmen.

Ebenso GewGer. **6** 219 (Dresden), Baum 172: Hat er aber ein solches begehrt, so kann er andererseits, sofern es zwar der Wahrheit gemäß, aber nicht seinen Wünschen entsprechend ausfällt, nicht die Streichung oder Weglassung des Urteils über sein Verhalten und seine Leistungsfähigkeit fordern.

4. Recht auf materiell richtiges Zeugnis. Nachprüfung durch das Prozeßgericht.

a) Bejahend.

Die Praxis der Gewerbegerichte (vgl. Stuttgart — GG. und LG. — bei Baum 174 ff.) bejaht die Frage, ob den Gewerbegerichten gestattet ist, die Arbeitszeugnisse auf ihren materiellen Inhalt zu prüfen. Es wird ausgeführt: Nach § 3 Ziff. 1 GewGerGes. ist das GG. zuständig für Streitigkeiten über den „Inhalt" des Zeugnisses. Das Wort „Inhalt" umfaßt den formalen und materiellen Inhalt gleichermaßen. Anderenfalls müßte das Gericht ein Zeugnis, das nachgewiesenermaßen falsche Angaben über die Dauer des Arbeitsverhältnisses enthält, passieren lassen. Das kann der Wille des Gesetzgebers nicht sein. Gleiches gilt, wenn Führung und Leistungen im Zeugnis ungünstig beurteilt sind, ohne daß triftige Gründe hierfür nachgewiesen sind. Der Arbeiter kann mit einem solchen Zeugnisse nichts anfangen, auch wenn er eine Beleidigungsklage gegen den Arbeitgeber auf Grund desselben mit Erfolg anstrengen würde.

Das LG. bemerkt: Der Kläger hat zu beweisen, daß er ein Zeugnis des betreffenden Inhalts zu verlangen berechtigt ist. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, in dem Zeugnisse nach bestem Wissen der Wahrheit gemäß die Führung und die Leistungen des Arbeiters zu kennzeichnen. Der Ausdruck, der Arbeitgeber sei zufrieden oder nicht zufrieden, bedeutet, daß Leistungen und Führung nach sachverständigem Urteil in Wirklichkeit zufriedenstellend waren bzw. nicht waren. Die Bekundung des Arbeitgebers, er sei weder mit den Leistungen noch mit der Führung zufrieden gewesen, bedeutet, daß Leistungen und Führung im allgemeinen durchaus schlecht waren. Ein solches Zeugnis kann nur einem wirklich unbrauchbaren Arbeiter gegeben werden. (Auf Grund der Beweisaufnahme ist daher der Arbeitgeber verurteilt worden, folgendes Zeugnis auszustellen: „Seine Leistungen und seine Führung waren teilweise zufriedenstellend".) Ebenso LG. Dresden, GewGer. **3** 64, Sächs. A. **7** 555, Baum 175 ff.

Auf demselben Standpunkte **RG.** JW. **97** 350 Nr. 27 — s. auch Baum 171 —: Ein Zeugnis, das mit Unrecht beurkundet, daß der Zeugnisberechtigte (weil er angeblich eine Betriebsstörung verschuldete) habe entlassen

werden müssen, so daß jeder Dritte annehmen mußte, er sei mit Grund entlassen, braucht er nicht anzunehmen.

Gleicher Ansicht auch die übrige gewerbegerichtliche Praxis, wie aus den Entscheidungen unter Nr. 5 unten hervorgeht.

b) Verneinend.

OLG. 5 269, HansGerZ. 02 213 (Hamburg) für das Zeugnis des Handlungsgehilfen (§ 73 HGB.): Der als Reisender der Beklagten angestellte Kläger hat auf seinen Wunsch auch über Führung und Leistung ein Zeugnis erhalten. Dasselbe lautete:

„Herr A. war bei uns vom September 1899 bis Februar 1901 als Reisender tätig. Er hat während dieser Zeit sich mit bestem Willen bemüht, Abschlüsse zu erzielen, wenn auch häufig mit zweifelhaftem Erfolge. Seine Führung hat zu besonderen Ausstellungen keine Veranlassung gegeben."

Der Kläger verlangt mit der Klage, daß die Worte „Wenn auch häufig mit zweifelhaftem Erfolge" in Satz 2 und das Wort „besonderen" in Satz 3 fortgelassen werden sollen; er ist jedoch abgewiesen.

Das Gericht hält es für durchaus zweckentsprechend, daß die Beklagte der Angabe, daß der Kläger sich mit gutem Willen bemüht habe, Abschlüsse zu erzielen, die Angabe gegenübergestellt hat, daß dies mit häufig zweifelhaftem Erfolge geschehen sei. Die Leistungen eines Reisenden werden in der Regel am Erfolge gemessen. Seine Leistungsfähigkeit wird regelmäßig nach dem Maße einerseits der aufgewendeten Mühe, andererseits des erzielten Erfolges zu beurteilen sein. Mit nichten darf daher eine Äußerung über die von dem Reisenden erzielten Erfolge als ein in das Zeugnis nicht hineingehörender Zusatz angesehen werden. Auch die gewählte Form ist angemessen und nicht zu scharf.

Es fragt sich, inwieweit dem Kläger ein Recht auf Berichtigung des vom Prinzipal im Zeugnis abgegebenen subjektiven Urteils zuzugestehen ist. Die gesetzliche Pflicht des Prinzipals zur Abgabe eines schriftlichen Zeugnisses (§ 73 HGB., § 630 BGB., § 113 GewO.) ist der gerichtlichen Zeugnispflicht verwandt. Der Prinzipal hat sich nach bestem Wissen und Gewissen über die Führung und die Leistungen des Handlungsgehilfen schriftlich zu äußern. Ihm liegt aber nicht etwa ob, im Falle daß der Gehilfe die Wahrheit der im Zeugnis enthaltenen tatsächlichen Angaben oder die Richtigkeit der Urteile bestreitet, die Wahrheit oder die Richtigkeit zu beweisen. Dies stünde mit dem Begriffe der Zeugnispflicht in unvereinbarem Widerspruch und würde auch zu unhaltbaren Konsequenzen führen, da der Prinzipal u. U., wenn er nicht beweisen könnte, was er für wahr hält, zur Abgabe eines nach seiner Überzeugung falschen Zeugnisses zu verurteilen sein würde.

Eine andere Frage ist es ob, bzw. inwieweit dem Handlungsgehilfen der Beweis der Unrichtigkeit des ihm erteilten Zeugnisses freizulassen ist. Sicherlich steht ihm das Recht zu, dann, wenn der Prinzipal im Zeugnisse über *bestimmte Tatsachen unrichtig berichtet oder ein Urteil wider besseres Wissen* abgegeben hat, die Berichtigung des Zeugnisses zu verlangen. In diesem Falle liegt dem Handlungsgehilfen die Beweislast ob. Anders liegt die Sache, wenn es sich um ein im Zeugnis enthaltenes Urteil handelt, das nach der Darstellung des Handlungsgehilfen unrichtig sein soll, während doch dem Prinzipale der Vorwurf, das Urteil *wider besseres Wissen* abgegeben zu haben, nicht gemacht wird. In diesem Falle kann der Handlungsgehilfe zum Beweise der Unrichtigkeit nicht zugelassen werden. Ein vom Prinzipale pflichtgemäß nach seiner besten Überzeugung über die Führung und die Leistungen abgegebenes Urteil beruht auf den *subjektiven Wahrnehmungen und Ansichten* des Prinzipals; ein *Produkt derselben soll das Zeugnis* sein. Das Gericht kann sich u. U. ein anderes Urteil

bilden; es darf aber nicht dem des Prinzipals substituiert und dieser nicht verurteilt werden, im Zeugnis ein Urteil abzugeben, das er nach seiner besten Überzeugung für unrichtig hält. Ein Recht auf Berichtigung des Zeugnisses steht in solchem Falle dem Handlungsgehilfen nicht zu.

c) Mittlere Ansicht.

GewGer. 8 189 ff., SozPr. 12 1064 (KG.): Der Dienstherr hat dem Verpflichteten ein wahrheitsgemäßes Zeugnis auszustellen. Dieser kann auf Erfüllung klagen, wenn er das Zeugnis nicht vollständig oder nicht wahrheitsgemäß erteilt hat, und ist keineswegs nur auf eine Schadensersatzforderung angewiesen. Selbstverständlich kann er aber die Abänderung des Zeugnisses nicht schon aus dem Grunde verlangen, weil er das darin gefällte Urteil von seinem Standpunkte für zu hart und deshalb für ungerecht hält. Der Dienstherr darf in dem Zeugnisse sein Urteil frei aussprechen, und der Verpflichtete ist diesem Urteil unterworfen, selbst wenn er es nicht für zutreffend und begründet, für zu hart oder ungerecht von seinem Standpunkt ansieht. Nur wenn der Dienstherr bei der Ausstellung des Zeugnisses gegen seine gesetzliche Pflicht, dem Verpflichteten nach bester Überzeugung ein wahrheitsgemäßes Zeugnis auszustellen, verstößt und hierbei arglistig oder grobfahrlässig verfährt, kann der Verpflichtete Abänderung des Zeugnisses fordern, wobei ihn die Beweislast für die Unrichtigkeit des Zeugnisses trifft. — Der jahrelang als Wirtschaftsinspektor tätig gewesene Kläger hatte folgendes Zeugnis erhalten:

„Seine Leistungen und das Interesse für das Gut sind in letzter Zeit nach Aussprüchen des verstorbenen X sowie auch in nachfolgender Zeit nicht so gewesen, wie es hätte erwartet werden können."

Der Kläger verlangte Verurteilung zur Ausstellung eines wahrheitsgemäßen Zeugnisses, in dem auch über seine Leistungen und Führung in der ersten Zeit seiner dienstlichen Stellung ein Urteil enthalten ist. Die erste Instanz wies die Klage unter Verweisung auf Schadensersatz prinzipiell ab. Das KG. verurteilte zur Ausstellung eines Zeugnisses dahin . . . . „und daß seine Leistungen und Führung im Dienste zu keinen berechtigten Klagen Anlaß gegeben haben . . ."

⋙ Trotzdem das Urteil des KG. mit einer prinzipiellen Bejahung des Rechtes auf ein wahrheitsgemäßes Zeugnis beginnt, kann die Auffassung des KG. nicht den eigentlichen dieses Recht bejahenden Ansichten zugerechnet werden. Es schränkt sehr energisch ein, indem es behauptet, der Dienstherr dürfe sein Urteil frei aussprechen, nur dürfe er hierbei nicht arglistig oder grobfahrlässig verfahren. So daß er sich also bis zur Grenze der levis culpa in seinem Urteil gehen lassen könnte! — Noch bedenklicher freilich erscheint die grundsätzlich verneinende Ansicht des HansOLG. Wie bedenklich ist nicht der Vergleich mit der prozessualischen Zeugnispflicht! Die sich auf den Unterschied zwischen Führung und Leistung künstlich aufbauende Unterscheidung, ob Tatsachen im Zeugnis mitgeteilt sind oder nicht! (S. darüber unten zu Nr. 5.) Und die ganze Tendenz dieser Auffassung! — Allein richtig ist wohl die herrschende gewerbegerichtliche Praxis: sie kann von der bürgerlichen Jurisprudenz angesichts des Umstandes, daß § 113 RGO. die Grundlage für § 73 HGB. und § 630 BGB. darstellt, ohne Schaden für das Verständnis dieser Vorschriften unmöglich außer acht gelassen werden. Aber weder das KG. noch das OLG. Hamburg haben sich mit ihr auseinandergesetzt. — Red. ⋘

5. Begriff der Führung.

LG. Dresden, GewGer. 3 64, SächsA. 7 555, Baum 175 ff. führt aus: Der Begriff der „Führung" deckt sich mit dem Verhalten des Arbeiters im Arbeitsverhältnis. Also fallen unter ihn alle Handlungen und Unterlassungen des Arbeiters im Arbeitsverhältnisse, soweit sie nicht unter dem Begriffe

seiner „Leistungen“ ausgeschieden sind, und andererseits nur sie. Deshalb gehören nicht zur „Führung“ seine Handlungen und Unterlassungen im Privatleben, soweit sie nicht auf das Arbeitsverhältnis zurückwirken. Ob aber eine Handlung oder Unterlassung in die Arbeitszeit oder Arbeitspausen fällt oder nicht, entscheidet nicht darüber, ob sie unter seine Führung fällt oder nicht. Auch ergibt sich aus der Nebeneinanderstellung der Begriffe „Führung und Leistungen“, daß die Handlungen und Unterlassungen des Arbeiters im Arbeitsverhältnisse nicht sowohl nur insoweit, als sie seine Leistungen beeinflussen, sondern vielmehr gerade mit diesen durch den Begriff der „Leistungen“ gedeckten Ausnahmen sämtlich unter den Begriff der Führung fallen. Endlich ist auch das sittliche Urteil über eine Handlung oder Unterlassung des Arbeiters im Arbeitsverhältnis und die Frage, ob sie vom Gesetze verboten oder erlaubt ist, für ihre Unterstellung unter den Begriff der „Führung“ gleichgültig. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen guter und schlechter Führung.

Allerdings wird das Zeugnis über die Führung meist die Gestalt eines Urteils annehmen müssen und dürfen, weil meist die erschöpfende Darstellung der Handlungen und Unterlassungen nicht möglich und deshalb ihre Zusammenfassung in ein Urteil (gut oder schlecht) notwendig ist. Diese Zusammenfassung genügt und entspricht auch dem Zwecke des Zeugnisses, das Kürze heischt. Aber hierdurch wird der Arbeitgeber nicht gehindert, einzelne Handlungen oder Unterlassungen des Arbeiters im Arbeitsverhältnis in das Zeugnis über seine Führung aufzunehmen und das oft schwankende Urteil über sie nicht selbst zu fällen, sondern denen zu überlassen, welchen der Arbeiter das Zeugnis vorlegen wird. Bestreitet der Arbeiter die Richtigkeit des Urteils, so muß der Arbeitgeber es in Tatsachen auflösen; also darf er auch grundsätzlich solche Tatsachen im Zeugnis anführen. Nur wird meist die Aufnahme einzelner Handlungen oder Unterlassungen die Führung des Arbeiters nicht erschöpfen und deshalb nicht das Erfordernis der Vollständigkeit erfüllen. Auch sind nach dem Zwecke des Zeugnisses, anderen Arbeitgebern als Unterlage zu dienen, für andere zweifellos gleichgültige Handlungen usw. auszuscheiden. Im Zweifel ist die Entscheidung über die Erheblichkeit dem Arbeitgeber überlassen. Endlich muß die Darstellung im Zeugnisse der Wahrheit getreu sein. Beweispflichtig ist der Arbeitgeber. Aus diesen Gründen ist der Zusatz „Sein Austritt erfolgte freiwillig, weil einer seiner Mitarbeiter von mir entlassen wurde“ für erlaubt erklärt worden.

6. Form und Inhalt. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung.

a) GewGer. 3 100 (Berlin) — Baum 178 ff. — erklärt ein Zeugnis, wonach der Inhaber „wegen Unregelmäßigkeiten“ entlassen sei, für ungenügend.

b) GewGer. 3 52 (Dresden) — Baum 180 ff. — ist der Ansicht, daß u. U. nach § 113 RGO. das Zeugnis nach einem bestimmten Formular auszustellen ist, aus folgenden Gründen: Ein Zeugnis, das nicht den Zweck hat, dem Arbeiter sein Fortkommen zu erleichtern, hat überhaupt keinen Wert. Wenn nun in dem in Frage kommenden Gewerbe die weitaus überwiegende Mehrzahl der Arbeitgeber die Beschäftigung des Arbeiters davon abhängig macht, daß er ein ganz bestimmtes Zeugnis, einen Arbeitsschein des Unternehmers vorweisen kann, so liegt es auf der Hand, daß ein in anderer Form ausgestelltes Zeugnis ein Zeugnis von Wert überhaupt nicht ist.

➵ Diese Entscheidung hat zwar zunächst nur Bedeutung für die spezifischen Verhältnisse des Arbeiters und die Einrichtung des Arbeitsscheins, den der Verein sächsischer Strohhutfabrikanten für seine Mitglieder eingeführt hatte. Aber es leuchtet ein, daß die entwickelten Gesichtspunkte auch in den Fällen des bürgerlichen Rechtes Anwendung verlangen können. — Red. ⇜

c) Fälle von geheimen Merkmalen und unzulässiger Kennzeichnung s. ferner ebenda, Baum 181 ff.

d) GG. Frankfurt, Baum 172 hält den Zusatz „auf Wunsch" für ein auf Grund des § 113 Abs. 3 RGO. unzulässiges Merkmal, da es den Zweck hat, darzutun, daß der Ausstellende keineswegs mit dem Zeugnisberechtigten so zufrieden gewesen ist, wie es im Zeugnisse steht, sondern daß er Grund gehabt hat, sich zunächst zu weigern, diesen Zusatz hinzuzufügen und ihn erst auf dringendes Verlangen bzw. gerichtliche Anordnung hin zu machen.

e) **RG.** SeuffA. 55 1231, Baum 173 ff. führt aus: Die Bezugnahme im Zeugnis auf die gegen den Ausstellungspflichtigen ergangene Verurteilung und die in dem Prozeß abgegebenen Zeugenaussagen ist nach § 113 unzulässig. Es muß entweder das Urteil der Zeugen in unzweideutiger Weise als das eigene des Ausstellers hingestellt oder ein anderes Urteil abgegeben werden, das aber, insoweit es Vorwürfe gegen den Berechtigten enthielt (gemäß der ergangenen rechtskräftigen Entscheidung), durch Tatsachen zu belegen war.

Der Hinweis ferner auf die Entscheidungen im Attest ist nicht bloß überflüssig, sondern ungehörig, weil er ein ungünstiges Vorurteil bei denjenigen erwecken könnte, denen der Inhaber seine Dienste anbietet, und daher geeignet ist, ihm sein Fortkommen zu erschweren.

➸ Die vom RG. zum Ausdrucke gebrachte Anschauung wird man ohne weiteres auch auf das bürgerliche und Handelsrecht übertragen können. Es sind keine spezifisch gewerberechtlichen Gesichtspunkte, die ihr zugrunde liegen. Dagegen wird man zweifeln können, ob der Zusatz „auf Wunsch" nicht nach § 630 BGB. bzw. § 73 HGB. gestattet sei, weil eine dem Abs. 3 des § 113 RGO. entsprechende Bestimmung nicht übernommen worden ist. — Red. ⇷

f) Nach der Ansicht der Gewerbegerichte (Königsberg, Halle, — s. Baum 169 ff.) können auch die nicht ordnungsgemäß ausgeschiedenen Arbeiter ein Zeugnis verlangen. Dies wird aus den Worten „beim Abgange" des § 113 der RGO. gefolgert, während im § 107 das. regelmäßige Lösung des Arbeitsverhältnisses vorausgesetzt ist.

7. Rechtsweg. Gesinderecht.

LG. Magdeburg, NaumbAK. 03 99 ff.: Da gemäß Art. 95 Abs. 2 EG. z. BGB. § 630 für das Gesinderecht keine Anwendung findet, so ist gemäß §§ 171 bis 176 der preuß. GesO. v. 8. 11. 1810 dem Gesinde der Rechtsweg zur Erlangung eines richtigen Zeugnisses verschlossen.

Siebenter Titel.

Werkvertrag.

Vorbemerkung: S. oben zu §§ 611 ff., 631 ff.

Literatur: Eck-Leonhard, Vorträge. S. oben Literatur zum 4. Titel. — Levy, Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. Straßburg 1903. — Lotmar, s. oben Literatur zu §§ 611 ff., 631 ff. — S. auch u. zu § 651. —

§ 631. 1. Beweislast für die Vereinbarung der Vergütung. Vgl. auch oben zu § 433 Note 3.

RG. SeuffA. 58 260, JW. 03 100 Note 13 über die Streitfrage wegen der Beweislast im Streitfalle darüber, ob ein bestimmter Preis oder Lohn beim Vertragsschlusse bedungen sei oder nicht, führt aus: zur Begründung der Klage gehört die Behauptung, — da ein Vertrag mit einer bestimmten Preisberedung von vornherein ein anderer Vertrag als einer mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Beredung, daß der angemessene oder der ortsübliche Preis gezahlt werden solle, ist, — des einen oder des anderen, wobei nur zu beachten ist, daß regel-

mäßig, wenn gar nichts ausdrücklich über den Preis abgemacht ist, darin die stillschweigende Verabredung des ortsüblichen, event. des angemessenen Preises zu finden sein wird, und daß ein Sachvortrag, der nur den gegenseitigen Vertrag als abgeschlossen erwähnt, ohne dabei irgend etwas über die Preisberedung anzuführen, dahin zu verstehen sein wird, daß der Vertrag ohne eine ausdrückliche Preisfestsetzung abgeschlossen worden sei. Behauptet der Beklagte die Beredung eines bestimmten Preises, so bestreitet er damit den Klagegrund, und der Kläger ist beweispflichtig. Vgl. auch u. zu § 632 Note 2.

2. Berechnung der Vergütung nach den einzelnen Leistungen.

BayrObLG. **4** 66ff., führt 74ff. aus: Die Tatsache, daß die Vergütung nach den einzelnen Leistungen berechnet und ein Einheitspreis für das zu liefernde Werk nicht festgestellt ist, schließt ebensowenig die Natur der Verträge als Werkverdingungsverträge aus, wie etwa die Zusage der Leistung einer besonderen Vergütung nach Erreichung des Erfolges („wenn der Brunnen Wasser gibt"). Solche Bestimmungen entsprechen einer Sachlage, bei der sich von vornherein nicht bemessen läßt, wieviel Aufwand an Zeit und Material zur Herstellung der Sache (des Brunnens) notwendig sein würde. . . . . Daß die Vergütung als Pauschsumme bestimmt wird, gehört keineswegs zum Wesen des Werkvertrags, sondern bildet höchstens einen Beweisbehelf für das Vorliegen eines Werkvertrags. (Insbesondere bei der Ausführung von Tiefbauten, wie der Grabung eines Brunnens, bei der wegen nicht genügender Kentnis der Beschaffenheit des zu durchbohrenden Erdreichs und Gesteins und der Lage einer Quelle die Zahl der notwendigen Arbeitstage und die Menge der erforderlichen Werkzeuge, Arbeitsgeräte und Baustoffe im voraus nicht einmal annähernd bestimmt werden kann, bildet nach der Erfahrung des Lebens die Festsetzung der Vergütung nach Arbeitstagen die Regel.) (Entschieden nach gemeinem Rechte am 19. 1. 03.)

3. Lotmar 110: Ein durch rechts- oder moralwidrige Arbeit herbeizuführender Erfolg vermag den Gegenstand eines Werkvertrags nicht zu bilden.

Abs. 2. Die Arbeit kann höherer und niederer Art sein.

4. Über Eigentumserwerb des Bestellers infolge Verarbeitung (§ 950) durch den Unternehmer auf Grund eines Werkvertrags s. OLG. **4** 312 (Hamburg), jetzt auch SeuffA. **58** 101, JDR. **1** zu § 950 Note 3b, auch 4. Vgl. auch u. zu § 634 Note 7, § 644 Note 5 und zu § 647.

5. Einzelne Fälle, insbesondere aus der Rechtsprechung. Vgl. auch JDR. **1** zu § 631 Note 1.

a) Personenbeförderung. Überfüllung des Eisenbahnabteils.

Gordon, Die Haftung der Eisenbahn für Überfüllung der Personenwagen, Egers eisenb. E. u. A. **18** 290ff., knüpft an den Fall des Justizrats Wagner an und mißbilligt die landgerichtliche Entscheidung, durch die seine Klage wegen mangelnder Erfüllung (infolge Überfüllung des Abteils) abgewiesen wurde. Gegen Eger, DJZ. **02** 23 hält er die §§ 631ff. auf die Personenbeförderung für anwendbar, insbesondere die §§ 631, 634 in Verbindung mit § 157. Ein derartiges Zusammendrängen von Menschen verschiedenen Geschlechts ist aus sanitären Gründen unzulässig und verletzt auch die öffentliche Ordnung. Abgesehen davon liegt keine ordnungsmäßige Vertragserfüllung vor, da nicht nur Verletzung des Anstandes droht, sondern der Reisende auch einer höheren Betriebsgefahr ausgesetzt wird. Vgl. JDR. **1** Note 1b zu § 631.

b) Vertrag mit einem Drucker.

GewGer. **8** 186ff. (Schöneberg): Der Vertrag des Herausgebers einer Zeitungskorrespondenz mit einem selbständigen, wenn auch für einen nach Wochen bemessenen Lohn arbeitenden Drucker ist ein Werkvertrag. Eine eventuelle Ent-

schädigungspflicht ist nach §§ 631—651 zu beurteilen; ferner kommt § 325 in Betracht.

c) Tätigkeit eines Bücherrevisors.

OLG. Braunschweig, DJZ. **03** 228: Das einem Bücherrevisor übertragene Inordnungbringen von Handelsbüchern ist im Zweifel Werkvertrag.

d) Schleppvertrag.

RG. SeuffA. **58** 98: Der Schleppvertrag ist ein Werkvertrag. Den Schleppunternehmer trifft eventuell die Beweislast dafür, daß er den Unfall und das Fehlschlagen des Unternehmens nicht verschuldet habe. Allerdings ist regelmäßig von dem Schlepper nur der Beweis zu verlangen, daß er alle von einem ordentlichen Schlepper zur Vermeidung von Unfällen anzuwendende Sorgfalt wirklich angewandt habe; ein abstrakter Rechtssatz, der Schlepper hafte für jeden äußeren Unfall, auch wenn er völlig unaufgeklärt bleibe, läßt sich nicht aufstellen. Es genügt, daß die Handlung des Schleppers die Ursache des Kenterns gewesen sein kann.

e) „Gemischte" Vertragsbezeichnungen.

α. Vermietung einer Dreschmaschine mit Bedienungsmannschaft.

Über einen Vertrag, nach dem eine zum Dreschen geeignete Maschine mit zweckentsprechender technischer Bedienungsmannschaft gegen eine nach der Zeit der Benutzung bemessene Geldzahlung überlassen wurde, s. OLG. Marienwerder, SeuffA. **58** 315, PosMschr. **03** 38 ff.: Sachmiete, nicht Werkvertrag, wenn auch für die technische Inbetriebsetzung der Maschine von dem Vermieter ein Maschinist und ein Heizer gestellt wurden. S. auch oben zu § 535 Note 2b.

β. Vermietung einer Wohnung mit Zentralheizung.

PrOVG., DJZ. **03** 575 Nr. 99: Bei Vermietung einer Wohnung in einem mit Zentralheizung versehenen Hause mit dem Rechte des Mieters auf Benutzung der Zentralheizung besteht eine Verpflichtung des Vermieters zur fortgesetzten Heizung der vermieteten Räume. Insoweit handelt es sich um einen Werkvertrag, und einzelne Vorschriften der §§ 631 ff. finden Anwendung; gleichwohl bleibt das ganze Verhältnis doch Miete.

➳ Es kommen in der Praxis Verträge vor, in welchen der Vermieter eine bestimmte Zimmertemperatur, z. B. 15°, garantiert. In solchen Fällen tritt die Natur der Verpflichtung, für die Heizung zu sorgen, als eine werkvertragliche scheinbar noch drastischer hervor. Gleichwohl wandte das Kammergericht in einem Falle auch für diesen Teil des Vertrags, als die Verpflichtung vernachlässigt wurde, die Vorschriften aus dem Mietsrechte (§§ 542, 543) an, ohne auf die Sonderbestimmungen des § 634 usw. Rücksicht zu nehmen. — Red. ⇠

γ. Lieferung von Gegenständen mit Verpflichtung zur Montage.

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **67** 329: Die bei der Lieferung größerer, den Transport im ganzen nicht vertragender Gegenstände (z. B. Maschinen) regelmäßig vorkommende Abrede, daß der Lieferant neben der Lieferung auch die Zusammensetzung und Aufstellung (Montage) übernimmt, schließt den Charakter des Vertrags als eines Kaufvertrags nicht aus. Nur für die Nebenleistung der Aufstellung können die Grundsätze vom Werkvertrage maßgebend sein. Vgl. auch oben zu § 433 Note 6a.

BayrObLG., SeuffBl. **68** 442 ff.: Die Lieferung der zur Herstellung einer elektrischen Beleuchtungsanlage in einem Wohnhaus erforderlichen Maschinen und sonstigen Einrichtungsgegenstände, sowie der Arbeiten um bestimmte in den Kostenanschlägen angesetzte Preise ist nicht Kauf, sondern Werkverdingung.

δ. Gleichzeitige Verpflichtung zur Ratserteilung bei Lieferungen.

OLG. **7** 477 (Dresden): Im Vertrag über die Herstellung technischer Werke mischt sich (wie in manchen Kaufverträgen, z. B. über Wertpapiere) häufig ein stillschweigender Vertrag über die Erteilung von Rat des sachverständigen Unternehmers an den minder oder gar nicht sachverständigen Besteller mit der Haftung aus § 676. So haftet insbesondere der Baumeister oft auch für die Zweckmäßigkeit des Entwurfes, auf Grund dessen der Bauvertrag geschlossen wurde, und nicht nur für dessen vertragsmäßige Ausführung.

f) Der gewerbliche Arbeitsvertrag, also auch der Akkordlohnvertrag ist niemals Werkvertrag. Sigel 6.

g) S. ferner oben zu § 611 Note 1 ff.

§ 632. 1. Über Eck s. oben zu § 611 und a. a. O. 518.

2. Über Lotmar 124 ff. — stillschweigende Vereinbarung — s. oben zu § 612 Note 1.

Über einen Fall, in welchem stillschweigend eine angemessene Vergütung als übliche angesehen worden ist, s. OLG. Rostock, MecklZ. **21** 11 ff., bestätigt vom **RG.** ebenda 15 ff. Vgl. ferner oben zu § 631 Note 1.

3. Hilse, R. **03** 574 (s. auch unten Note 4 a): Eine Taxe im Sinne des § 632 kann nicht einseitig von einer Interessentengruppe aufgestellt, vielmehr bloß durch Einigung mit dem Gegeninteressenten geschlossen oder durch die gesetzgebenden Körperschaften erlassen werden. (Die Gebührensätze der Normativbestimmungen, welche seitens des Verbandes der Architekten und Ingenieure für akademisch gebildete bzw. seitens des Innungsverbandes deutscher Baugewerksmeister aufgestellt wurden, sind keine taxmäßige bzw. übliche Vergütung.)

Über Lotmar (Taxe) 133 ff. s. o. zu § 612 Note 3.

4. Vergütung von Entwürfen und Kostenanschlägen.

a) Hilse, Vergütung der behufs Erlangung einer Arbeitsgelegenheit gefertigten Entwürfe und Anschläge, R. **03** 573 — vgl. auch o. Note 3 — wendet sich gegen die sich auf Grund des § 632 im Gegensatze zum ALR. I. 11 § 874 herausbildende Rechtsregel, daß die Ausnahme der Vergütungsfreiheit der gefertigten Kostenanschläge von demjenigen bewiesen werden müsse, welcher solche für sich beanspruchen will. Es ist an dem früheren Rechte festzuhalten und eine Vergütung zu versagen, wenn sie nicht ausdrücklich vorbehalten wurde. — Doch wenn man auch dieser Ansicht nicht beitritt, so steht es doch nicht im Belieben des Werkmeisters, die Höhe der Vergütung nach freiem Ermessen zu bestimmen. Es kommt die Taxe, event. der gemeinübliche Lohn in Betracht.

b) Nach dem LG. Gnesen, PosMschr. **03** 39 kommt es darauf an, ob die Absicht der Parteien dahin ging, den Anschlag als solchen, als Werk herzustellen, damit der Besteller, ganz abgesehen von der Vergebung der Arbeit, sich ein ungefähres Bild daraus machen soll und kann, wie die Arbeit überhaupt auszuführen sein wird, und welche Kosten er etwa darauf wird verwenden müssen (Werkvertrag), oder aber, ob sie wollen, daß der Anschlag dazu dienen soll, dem Empfänger dafür eine Unterlage zu bieten, ob er sich daraufhin zur Vergebung der Arbeit an den Anfertiger entscheidet oder sie ablehnt (eingehend spezialisiertes Angebot). (In dem fraglichen Falle wurde der zweite Tatbestand angenommen und der Anspruch auf Vergütung versagt: „Sie fertigte den Anschlag in ihrem eigenen Interesse, um den Beklagten zur Vergebung der Arbeit an sie zu veranlassen".)

In diesem Sinne auch Apt, Gutachten der Ältesten (1 F) 81: Bei Bestellung eines Kostenanschlags nebst Zeichnung für die Einrichtung eines Zigarrenladens in künstlerischem Stile ist eine Vergütung für die Anfertigung

des Anschlags und der Zeichnung üsanzemäßig ausgeschlossen, wenn dem Lieferanten von dem Besteller mitgeteilt ist, daß noch andere Firmen konkurrieren, und ein bestimmtes Honorar vor Einreichung des Kostenanschlags nicht ausgemacht ist.

§ 633. 1. Abs. 1. a) Levy: Es können essentiale wie naturale wie akzidentale Eigenschaften der Sache zugesichert werden.

Nur die ernstlich gemeinte Anpreisung gilt als Zusicherung.

Die zugesicherten Eigenschaften brauchen nicht notwendig auf der „Arbeit" des Unternehmers zu beruhen.

Für die Frage, ob mangelhaft oder überhaupt nicht erfüllt ist, ist die Verkehrssitte entscheidend.

b) Levy: Bei einem Werkvertrage sind Rechtsmängel undenkbar.

Ob der Mangel der Sache erheblich ist oder nicht, ist gleichgültig. Vgl. auch JDR. **1** Note 1 zu § 633.

Der gewöhnliche Gebrauch wird durch die Verkehrssitte bestimmt. Wird eine besonders hohe Vergütung bezahlt, so darf man eine bessere Leistung voraussetzen, als Leistungen dieser Art gewöhnlich sind.

Auf ein Verschulden des Unternehmers kommt es nicht an.

c) Eine eingehende tatsächliche Würdigung der Frage, ob eine Eigenschaft in einer mündlichen Vorbesprechung zugesichert sein soll — stillschweigend oder ausdrücklich — s. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 31—32.

2. Abs. 2. Levy: Die Beseitigung des Mangels kann durch Klage erzwungen werden.

Bringt der Unternehmer die Einrede aus Satz 2 vor, so kann der Besteller die ihm weiter zustehenden Rechte geltend machen (ZPO. § 268 Abs. 3). Macht der Besteller von diesen Rechten keinen Gebrauch, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen.

3. Abs. 3. a) Levy: Der Besteller hat kein Recht, Ersatz zu verlangen, ohne den Mangel zu beseitigen.

b) Gegenüber dem Anspruche des Unternehmers steht dem Besteller auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 zu. Leske 261 Anm. 7.

4. OLG. Breslau, R. **03** 180: Eine Untersuchungspflicht wie beim Handelskaufe (§ 377 HGB.) besteht hier nicht.

§ 634. 1. Abs. 1. Vgl. JDR. **1** Note 1 zu § 634; vgl. auch o. zu § 462.

RG. und OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 79: Nur die allgemeinen Vorschriften über die Haftung des Schuldners für die Folgen der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags sind auf den Werkvertrag anwendbar. Ein Verlangen der Rückgängigmachung des Vertrags nach Art der Einrede der Wandelung beim Kaufe wegen Mangels zugesicherter Eigenschaften oder erheblicher Fehler der Kaufsache ist unbegründet; es ist lediglich im einzelnen Falle zu prüfen, ob das Interesse des Bestellers an der vertrags- und gesetzmäßigen Leistung des Unternehmers, für das dieser haftet, etwa nicht mit einer entsprechenden Preisminderung gedeckt ist, sondern nur durch Rückgängigmachung des Vertrags gewahrt wird. Die Entscheidung über diesen letzten Punkt ist der Nachprüfung durch das RG. entzogen.

2. Levy: Ist bereits auf Beseitigung des Mangels geklagt, so kann der Besteller verlangen, daß die Frist im Urteil bestimmt wird (ZPO. § 255). Der Lauf der Frist beginnt mit der Rechtskraft des Urteils. Die Frist ist eine Ausschlußfrist; sie muß angemessen sein.

Die vom Besteller zu kurz bemessene Frist ist unwirksam.

Stellung und Ablauf der Frist hat der Besteller, Beseitigung des Mangels innerhalb der Frist der Unternehmer zu beweisen.

Ist eine Frist gesetzt oder die gesetzte Frist bereits abgelaufen, so ist die Anwendung von § 633 Abs. 3 ausgeschlossen.

Ablieferung ist die körperliche Übergabe der Sache, durch welche dem Besteller die Möglichkeit der Untersuchung gegeben wird.

3. Lotmar 141 Anm. 1: Auch bei der Minderung ist die vereinbarte Vergütung als Minuend zu betrachten, ohne Ausscheidung etwaiger Bestandteile. (Auslagenersatz!)

728ff. über die Frage, wie in den Fällen der §§ 634, 645, 650 Abs. 1, 655 u. a. m. eine Herabsetzung der Vergütung usw. vorgenommen werden soll, wenn die gegebene Vergütung Naturalvergütung und als solche real unteilbar ist. Es könnte ideelle Teilung und Miteigentum am Objekte der Vergütung unter Arbeitgeber und Arbeitnehmer eintreten. Dies wäre unangemessen. Daher ist folgendes Verfahren zulässig: man behandelt die unteilbare Naturalvergütung, wo ihre Teilung oder Herabsetzung stattfinden soll, als Geldvergütung, d. h. schätzt ihren Geldwert ab, teilt oder reduziert ihn auf das gesetzliche Maß und läßt ihn entrichten, indem die Naturalvergütung ganz zurückerstattet oder, wenn noch nicht geleistet, ausgeschieden wird.

4. **RG.** JW. **03** Beil. 58: Die Wandelung ist auch bei dem auf die Herstellung eines Gebäudes auf dem Grund und Boden des Bestellers gerichteten Werkvertrag nicht ausgeschlossen. Die Schwierigkeit liegt in diesem Falle nur in der Vollziehung der Wandelung.

5. Abs. 2. Levy: Unter „Unmöglichkeit" ist nur die objektive Unmöglichkeit zu verstehen.

OLG. Breslau, R. **03** 180: Die Beseitigung des Mangels ist nicht schon dann unmöglich, wenn der Unternehmer berechtigt wäre, die Beseitigung des Mangels nach § 633 Abs. 2 zu verweigern, weil sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere.

6. Abs. 3. OLG. **7** 477ff. (KG.): Trotz des Wortlauts des § 634 führt die im engen Anschluß an die §§ 459ff. getroffene Regelung der Haftungsfrage beim Werkvertrage zu dem Ergebnisse, daß auch beim Werkvertrage die Erheblichkeit des Mangels nur dann in Betracht kommt, wenn das Werk mit „Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit mindern" (§ 633 Abs. 1 a. E.), dagegen für zugesicherte Eigenschaften unbedingte Haftung eintritt. Hierfür spricht auch die innere Bedeutung des § 634 Abs. 3 und das Wesen der zugesicherten Eigenschaften als auf der Willkür, vielleicht der Liebhaberei der Parteien beruhend. So sind hier unter „Mangel" im Gegensatze zum Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften nur „Fehler" zu verstehen, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche mindern".

7. Abs. 4. Vgl. JDR. **1** Note 3 zu § 634.

Levy: Die Wirkungen der Wandelung sind geregelt in den §§ 346—348, 354, 467.

Ist der vom Besteller gelieferte Stoff bereits verarbeitet, so ist im Falle der Wandelung regelmäßig der verarbeitete Stoff zurückzugewähren. Der Unternehmer wird nur dann gemäß § 950 Eigentümer des verarbeiteten Stoffes, wenn er zu dem Besteller in einem solchen Rechtsverhältnis, auf Grund dessen er den Stoff für den Stofflieferanten verarbeiten soll, nicht steht.

Der Unternehmer hat diejenigen Spezifikationskosten zu ersetzen, welche notwendige Verwendungen zur Herstellung dieser verarbeiteten Sache darstellen. Vgl. auch o. zu § 631 Note 4 und u. zu § 644 Note 5, § 647.

Ist die Rückgewähr der Leistung in natura von vornherein unmöglich —

das ist immer der Fall, wenn der Werkvertrag sich nicht auf eine Sache bezieht, — so bekommt der Unternehmer den objektiven Wert seiner Leistung ersetzt.

Nach vollzogener Wandelung haben sowohl der Besteller wie der Unternehmer ein Recht, auf Rückgewähr ihrer Leistung zu klagen.

Im Falle der Herstellung mehrerer Sachen kommt für die Herabsetzung der Gesamtvergütung der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in Betracht.

Ist gemäß § 354 das Wandelungsrecht erloschen, so lebt auch das Minderungsrecht nicht wieder auf.

§ 635. 1. OLG. **7** 479 (Kassel): Der § 635 enthält eine Erstreckung des Grundsatzes, wonach beim Kaufe schon Verzug in der Lieferung mit der zugesicherten Eigenschaft den Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründet (§§ 634 Abs. 4, 463), auf den Werkvertrag. In der Zusicherung einer dem herzustellenden Werke beiwohnenden Leistungsfähigkeit liegt regelmäßig eine Vertragsgarantie dafür, daß das Werk mit dieser Leistungsfähigkeit werde hergestellt werden.

2. § 635 und § 475 finden auch für den Werkvertrag Anwendung. OLG. Posen, PosMschr. **03** 73/74. S. auch oben zu § 475 Note 2.

Levy: Ist wegen eines ersten Mangels bereits Minderung erfolgt, so kann bei Vorhandensein eines weiteren Mangels unter der Voraussetzung des § 635 auch noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden; vgl. § 475.

3. Titze, Unmöglichkeit 307: Bei Fehlerhaftigkeit der Sache greifen lediglich die Bestimmungen über Mängelgewähr Platz, welche durch die Unmöglichkeitsvorschriften nicht ergänzt werden dürfen. — Dagegen Kisch, KrVSchr. **44** 560.

4. Eck 521: Die Beweislast trifft nach § 282 den Unternehmer.

§ 636. 1. Der § 636 verdrängt den § 325. Denn die Voraussetzungen, unter denen der § 636 dem Besteller ein Recht zum Rücktritte vom Vertrage verleiht, sind so weite, daß für das Rücktrittsrecht des § 325 daneben kein Raum mehr übrig bleibt. Titze, Unmöglichkeit 306.

2. a) Der Besteller hat neben dem Rücktrittsrecht auch gegenüber dem Anspruche des Unternehmers die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320; auch kann er auf Erfüllung klagen und nach § 283 vorgehen. Leske 262 Anm. 5.

b) Ein Verschulden des Unternehmers setzt das Rücktrittsrecht nicht voraus; es ist also z. B. auch dann zulässig, wenn die nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes durch eine Arbeitseinstellung (Streik) verursacht wurde. Leske 262 (Prot. II 2210).

c) Eck 521: „Rücktrittsrecht" im Gegensatze zur Vollziehung der Wandelung nach § 465, die Einverständnis der anderen Partei oder Richterspruch voraussetzt.

3. Ein Streik der Arbeiter oder ein Brand schließt das Rücktrittsrecht des Bestellers im Gegensatze zu ALR. I. 11 § 938 nicht aus. Eck 522.

4. **RG. 52** 317, JW. **02** Beil. 572: Recht des Bestellers, im Falle eines besonderen Interesses ohne vorherige Fristbestimmung zurückzutreten, aber nicht Pflicht hierzu, s. JDR. **1** zu § 327, zu § 636.

§ 637. S. oben zu § 476.

§ 638. 1. Eck 522 hält die Fristen für zu kurz in Fällen, wo z. B. der Küfer schlechte Pfropfen genommen hat, oder wo es sich um Rosen, die der Gärtner eingepackt hat, oder einen im Frühjahr eingepackten Pelz handelt.

2. Levy: Die Verlängerung der Verjährung ist nur bis zur allgemeinen, im Gesetze bestimmten Verjährungsfrist, d. h. bis zu 30 Jahren zulässig.

3. Aus der Rechtsprechung.

OLG. Posen, PosMschr. **03** 73: Eine Brunnenanlage (Pumpwerk) ist kein „Bauwerk" im Sinne des § 638, sondern dient nur dem wirtschaftlichen Zwecke des als Hauptsache sich darstellenden Brunnens.

Malerarbeiten stellen sich als Arbeiten nicht an dem Grundstücke, sondern an einem Teile eines Bauwerkes dar. Hierzu gehört auch der Anstrich derjenigen Bestandteile des Bauwerkes, welche nach dessen Beschaffenheit und der Verkehrssitte mit Farbe belegt zu werden pflegen. Insoweit sind auch die geleisteten Malerarbeiten Bestandteile des Bauwerkes selbst. Als Grundstück im Sinne des § 638 ist die „unbewegliche Sache" als solche zu verstehen. Für diese Auslegung des Begriffs Bauwerk spricht auch der § 648. KG. (8. Zivil-Senat), KGBl. **14** 97—98. Abweichend KG. (5. Zivil-Senat), ebenda 98 für Kanalisationsarbeiten.

§ 639. 1. Bedeutung und Inhalt des Garantieanspruchs. Vgl. auch oben zu § 477 Note. 3.

a) Eck 523: Das (vom BGB. nicht erörterte) Garantieversprechen bedeutet zunächst eine Verlängerung der Verjährungsfrist, sodann auch das Versprechen des Unternehmers, Mängel, welche sich innerhalb der Garantiefrist zeigen, auf seine Kosten abzustellen. Darin liegt eine Verschiebung der Beweislast.

Ebenso Levy: Eine Garantiefrist kann die Bedeutung einer Verlängerung oder Verkürzung der Verjährungsfrist haben. Möglicherweise hat sie auch die Bedeutung, daß der Unternehmer sich verpflichtet, alle während dieser Zeit auftretenden Mängel zu beseitigen, ohne im übrigen die Bestimmungen über die Verjährung zu ändern.

b) OLG. Dresden, R. **03** 263: Die vom Unternehmer vertragsmäßig übernommene Garantie auf eine bestimmte Zeit beeinflußt mittelbar den Lauf der Verjährungsfrist trotz § 638 Abs. 1 Satz 2. Doch fällt auf der anderen Seite die Verjährungsfrist mit der Garantiefrist nicht zusammen und beginnt nicht erst nach Ablauf der letzteren zu laufen. Dem Besteller muß zur Verfolgung seiner Ansprüche wegen eines innerhalb der Garantiefrist aufgetretenen Mangels soviel Zeit bleiben, wie er haben würde, wenn es sich um die Geltendmachung eines gesetzlichen Anspruchs gemäß § 638 handelte. Hat er den Mangel entdeckt, so kann er und muß er unverzüglich seine Rechte geltend machen. Den durch ein Garantieversprechen gedeckten Anspruch von der kurzen Verjährung auszuschließen, liegt keine Veranlassung vor, sofern nicht der Inhalt des Garantievertrags selbst ein anderes erheischt.

c) Meyer, R. **03** 76: Wer bei Verkauf eines Fahrrads oder bei Übernahme eines Werkes zwei Jahre Garantie leistet, der verpflichtet sich, wenn innerhalb zweier Jahre nach Übergabe oder Abnahme eine Reparatur nötig wird, solche unentgeltlich zu machen (auch wenn ohne jede Schuld des Garantieleistenden der Mangel entstanden ist). Eine Ausnahme macht ein äußerer Zufall, der nicht zu vermeiden war, Schuld des Empfängers oder eines Dritten. Beweispflichtig ist hierfür der Verkäufer, der Werkmeister. Er haftet innerhalb zweier Jahre, wenn sich die Entstehung des Mangels nicht aufklären läßt.

2. Vgl. für den § 639 oben auch zu §§ 478, 479.

§ 640. 1. Begriff der Abnahme in Abs. 1. Vgl. auch o. zu § 433 Note 4 und die dortigen Verweisungen.

a) α. Der Besteller ist nur zur tatsächlichen Abnahme, nicht auch zur Billigung verpflichtet. Die Abnahme muß nicht im Ansichnehmen des Werkes bestehen, es genügen Handlungen des Bestellers, die den Unternehmer vom Besitze des Werkes befreien. Jacobi, Jherings J. **45** 278—282.

β. Hellmann, KrVSchr. **44** 126 stimmt Dernburg in seiner Auffassung

des Begriffs „Abnahme" zu, indem er mit ihm die „tatsächliche Überführung des vollendeten Werkes an den Besteller" versteht, nicht auch die Anerkennung, daß es vertragsmäßig hergestellt sei, nicht also die Billigung des Werkes. Die vertragsmäßige Herstellung ist vielmehr Voraussetzung der Abnahmepflicht.

γ. Die „Abnahme" hat nichts zu tun mit einer Billigung des Werkes; sie braucht nicht „Annahme als Erfüllung" zu sein. Sie entspricht vielmehr der „Übergabe" des § 446; beide Ausdrücke bezeichnen denselben äußerlichen Akt, dort von der Seite des Gläubigers, hier von der Seite des Schuldners betrachtet: „Übergabe" ist das tradere in den Gewahrsam des Bestellers; „Abnahme" gewissermaßen das loco movere aus dem Gewahrsame des Unternehmers. Titze, Unmöglichkeit 300 ff.

b) Kisch, KrVSchr. **44** 563 hält gegen Titze und Schollmeyer Abnahme für gleichbedeutend mit Annahme und Billigung.

Levy: „Abnehmen" heißt „Abnehmen als Erfüllung"; dazu gehört körperliche Hinnahme und die Anerkennung der Leistung als Erfüllung.

Eck 523: Abnahme ist auch als Annahme der Leistung als Erfüllung (§ 363) zu verstehen. In der Abnahme liegt:

α. die körperliche Inbesitznahme,

β. die Anerkennung des Werkes als eines zur Erfüllung des Vertrags genügenden.

Die praktische Konsequenz ist: Verschiebung der Beweislast (§ 363). Sodann bedeutet die Abnahme den Beginn der Verjährung und den Übergang der Gefahr. Vgl. hierzu Leonhard a. a. O. Anm. 3.

2. Eck 523: Ausgeschlossen ist die Abnahme, wenn eine körperliche Wegnahme nicht möglich ist (z. B. bei einem Transporte, einer Zahnoperation).

3. Begriff der Abnahme in Abs. 2. Vgl. auch o. zu § 433 Note 4 und die dortigen Verweisungen.

a) Der Besteller, der das Werk trotz Kenntnis von dessen Fehlern abnimmt, verliert auch den Anspruch auf Schadensersatz. Das „Abnehmen" muß aber, im Gegensatze zu §§ 640 Abs. 1, 641, 644, mit einem Ansichnehmen des Werkes verbunden sein. Jacobi, Iherings J. **45** 281—283.

b) Nach Eck-Leonhard, 520 Anm. 3 bedeutet die Annahme des § 464 genau dasselbe wie die Abnahme nach § 640 Abs. 2: in beiden Fällen etwas mehr als Entgegennehmen; denn zur Besitzergreifung ist noch die Frist zuzurechnen, die der Empfänger braucht, um die Ware zu besichtigen.

4. Die Rechte aus Abs. 2.

a) Auch unerhebliche Mängel berechtigen zur Verweigerung der Abnahme. Leske 263 Anm. 5.

b) Levy: Der Vorbehalt muß „bei" oder „unverzüglich nach der Abnahme" erfolgen.

Obwohl der § 635 nicht erwähnt ist, verliert der Besteller trotzdem das Recht, Schadensersatz zu verlangen.

c) OLG. Breslau, R. **03** 180: Bei einem mangelhaften Werke kann auch nach der Abnahme, soweit nicht auf gekannte Mängel verzichtet ist (Abs. 2), wegen mangelhafter Erfüllung die Zahlung des Werklohns verweigert werden.

BayrObLG., SeuffBl. **68** 442 ff: Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags wird dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger die Leistung annimmt und durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er sie als vertragsmäßig anerkennt und genehmigt. Dieser Grundsatz, bemerkt, ebenda 444, der Einsender, ist nach altem und neuem Rechte (§ 640 Abs. 2) auch dann anwendbar, wenn man die vertragswidrige Eigenschaft des Werkes als einen Mangel im eigentlichen Sinne ansehen wollte.

§ 641. 1. Lotmar 140: Über Vergütung s. oben zu § 614.

2. LG. I Berlin, KGBl. **14** 20: § 641 Abs. 1 Satz 1 regelt nur den Zeitpunkt, bei dem, nicht den Ort, an dem der Besteller die Arbeit des Unternehmers zu vergüten hat. Hierfür spricht auch § 646. Es müßte sonst angenommen werden, daß in den Fällen des § 646 der Unternehmer die Entrichtung der Vergütung am Orte der Vollendung des Werkes beanspruchen kann. Das wäre undenkbar, namentlich, wenn die Vollendung an einem Orte vor sich geht, an welchem weder Besteller noch Werkmeister wohnen oder sich aufhalten. Ebenso verhält es sich mit der Übergabe beim Kaufe. Es ist daher unerheblich, wo die Arbeit des Unternehmers abgenommen oder wo sich sein Werk vollendet hat. Es kommen die §§ 269, 270 in Betracht.

OLG. **6** 379 (KG.): Durch den § 641 sind die gesetzlichen Bestimmungen über den Leistungsort nicht berührt worden. Ebenso KG., KGBl. **14** 77.

3. de Claparède, Beiträge 70f.: Die mit der Fälligkeit der Werkvergütung einsetzende Zinspflicht des Bestellers ist eine mehr doktrinäre als praktische Regel, weil unzweckmäßig im Kleinverkehr und unbillig im Falle einer Teilabnahme, während im Einzelfalle der Unternehmer — wie jeder Kapitalgläubiger — seine Interessen ope interpellationis wahrnehmen kann.

4. Lotmar 375: Die Stundung verschiebt den Eintritt der Fälligkeit oder suspendiert die eingetretene Fälligkeit samt deren Rechtsfolgen, d. h. macht die fällig gewordene Leistung wieder zu einer nicht fälligen. Daß es hierfür einer Willenserklärung bedarf, bedeutet, daß die bloße Unterlassung oder das Stehenlassen in diesem Sinne die eingetretene Fälligkeit nicht aufhebt. Die Stundung setzt eine durch Gesetz oder Privatdisposition bestimmte Zahlungszeit voraus, da sie in der Hinausschiebung der Zahlungszeit besteht. Sie kann vor oder nach dem Eintritt derselben erfolgen.

393: Abs. 2 (Zinspflicht) gilt zwar auch für die Teilvergütung bei der Teilabnahme, aber nicht von der Vorschuß- und Abschlagszahlung, da bei dieser keine Abnahme stattfindet.

§ 642. 1. **RG. 53** 222 ff., JW. **03** Beil. 33: Durch die in den §§ 642, 643, 645 in Rücksicht auf den Annahmeverzug bei nicht vollendetem Werke getroffenen besonderen Bestimmungen wird für diesen Fall die Anwendung des § 326 ausgeschlossen.

2. Lotmar 108: Der Besteller eines Werkes kann in Annahmeverzug geraten, wenn der Empfänger eine zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung unterläßt, die, falls der Besteller auch Empfänger wäre, der Besteller vornehmen müßte. S. den gleichen Fall oben zu § 615 Note 1b.

3. Abs. 2. Lotmar 146: Der Unternehmer macht nicht seine Entgeltforderung, sondern eine Schadensersatzforderung geltend. Sein Schaden besteht vornehmlich darin, daß er die vereinbarte Vergütung nicht verdienen kann. Daher kommt bei Bestimmung der Höhe der Entschädigung die Höhe der vereinbarten Vergütung in Ansatz, der Vergütung schlechthin. Von dieser Vergütung wird nicht etwa der Aufwand mit abgezogen, der mit der Verwendung Dritter zur Leistung der Arbeit zu machen ist. Wohl aber kommt gegenüber seiner Schadensersatzforderung bei der Kalkulation in Anschlag, was er infolge der Nichtleistung der Arbeit an Aufwendungen erspart. Hinsichtlich der Entschädigung hat Aufwandsnatur, was der Arbeitnehmer dem Gehilfen zu entrichten hat; dafür geschuldete Vergütung ist frei von Auslagenersatz.

Gleiches liegt auch den §§ 649 und 615 zugrunde.

In den Fällen also, in denen der Arbeitgeber den als Entgelt für die Arbeit bedungenen Betrag zu entrichten hat, ohne daß die Arbeit geleistet wird, kann er verlangen, daß abgezogen werde, was der Arbeitnehmer infolge dieser

Nichtleistung erspart, und unter diesem Titel auch der Wert der Arbeit Dritter oder der ihnen zu reichende Lohn.

4. a) Lotmar 135: In Abs. 2 werden Entschädigung und Vergütung deutlich unterschieden.

b) Lotmar 140: Über Vergütung s. oben zu § 614 und § 641 Note 1. Darüber, daß es unerheblich, ob die Arbeit von Gehilfen geleistet wird, s. oben zu § 615 Note 6.

5. Aus der Rechtsprechung.

LG. I Berlin, KGBl. **14** 112: Der Lieferant eines Kleides, dessen Ablieferung erfolgt ist, kann von dem Besteller nicht verlangen, daß dieser sich zur Beseitigung von ihm, dem Lieferanten, zu vertretender Mängel in seiner Werkstatt einfinde, sondern er hat, abgesehen von etwaigen Schikanen, den Forderungen des Bestellers nach Möglichkeit entgegenzukommen.

§ 643. Lotmar 576ff.: BGB. bietet im § 643 einen Fall bedingter Kündigung eines Arbeitsverhältnisses. Gleichwohl ist die Kündigung unbefristet, weil mit Eintritt der Bedingung das Arbeitsverhältnis endigt. Der Empfänger der Kündigung befindet sich in Annahmeverzug, und durch die Setzung einer Frist für die Entscheidung der Bedingung wird die Kündigung einer befristeten ähnlich gemacht (579 Anm. 3).

§ 644. 1. Neumann, Prolegomena 127, nennt den § 644 „den Leichenstein der Billigkeit". Diese sei „erdrosselt", die von den Protokollen gegebene Begründung, die Regel, nach welcher der Übernehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes trage, entspreche dem Wesen des Werkvertrags, welcher darin bestehe, daß der Vertrag auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet sei, gehöre in den „juristischen Begriffshimmel" Iherings.

2. Nach Eck 526 ergibt sich der Grundsatz, daß der Unternehmer die Gefahr trägt, daraus, daß der Vertrag nur auf ein fertiges Erzeugnis gerichtet war und die Vorleistung des Unternehmers in sich schließt. Außerdem darf der Besteller nicht die Gefahr tragen, solange das Werk noch seiner Prüfung und Verfügung entzogen war.

3. Eck 525: Die Gefahrtragung bedeutet: soweit die Leistung des Unternehmers vor der Abnahme des Werkes unmöglich wird, verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323); er hat nicht für den zufälligen Untergang des ihm übergebenen Stoffes zu haften. (Beispiele a. a. O.)

4. BayrObLG., R. **03** 128: Zu der Gefahr, die der Unternehmer zu tragen hat, gehört auch die Möglichkeit, daß das Werk durch einen Zufall unausführbar wird.

5. AG. Lahr, BadRpr. **03** 237: Da der vom Besteller gelieferte Stoff sein Eigentum bleibt, so findet die Bestimmung des § 950 auf den Werkvertrag keine Anwendung. Vielmehr erwirbt nach dem zu unterstellenden Übereinkommen zwischen Besteller und Unternehmer der erstere als Stoffeigentümer das Eigentum an der verarbeiteten Sache. Vgl. auch o. zu § 631 Note 4; § 634 Note 7.

6. Über den Begriff der „Abnahme" s. oben zu § 640 Note 1 u. 3.

§ 645. 1. Levy: Unterläßt es der Unternehmer schuldhafterweise, den Besteller auf die Fehlerhaftigkeit des von demselben gelieferten Stoffes oder auf die mit den Anweisungen desselben für die Güte des Werkes verbundenen Gefahren aufmerksam zu machen, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

Ob der Unternehmer die Pflicht hat, den Stoff auf Mängel hin zu untersuchen, ist quaestio facti. Er hat diese Pflicht, wenn er auch für die Prüfung des Stoffes als Sachkundiger in Anspruch genommen wird und der Werkvertrag

die Auslegung gestattet, daß der Besteller auf eine solche Prüfung hat rechnen dürfen.

2. Lotmar 141: Das Gesetz nimmt auf etwa beigemischten Auslagenersatz keine Rücksicht. Unter dem „der geleisteten Arbeit entsprechenden Teile der Vergütung“ ist ein Teil der im Arbeitsvertrage vereinbarten Vergütung zu verstehen, ohne Unterschied, ob die Arbeit vom Arbeitnehmer selbst verrichtet ist oder nicht. Die „Arbeit“ begreift auch die von Dritten verrichtete Arbeit (143).

3. Über die Frage der Teilung bei real unteilbarer Naturalvergütung („entsprechenden Teil der Vergütung“) s. Lotmar oben zu § 634 Note 3.

§ 646. 1. Eck 524: Der Unternehmer hat (wie der Verkäufer) gegen den Besteller eine Klage auf Abnahme, aber nur ausnahmsweise ein Recht auf Herstellung des Werkes, — so z. B. bei einem Architekten oder Operateur, — nur im Falle einer Verabredung. Beim Bühnendienstvertrag ist es mit Opet, AzivPr. **86** 161 als stillschweigend gewollt anzusehen, daß der Schauspieler bestimmte Rollen wirklich spielen darf.

2. OLG. **6** 84 (Posen): Die Ansicht, daß Werkarbeiten, die an einem Gebäude ausgeführt werden, unter die nicht abnahmefähigen Werke fallen (Planck 380), ist unrichtig. Der Besitz des Gebäudes schließt eine effektive Übernahme oder Ablehnung nicht aus. Unter dem ALR. ist die Abnahmefähigkeit von Gebäudereparaturen, die sich als Werkverdingungen darstellen, niemals bezweifelt worden; noch klarer liegt die Sache bei Neuanlagen, wie Heizvorrichtungen, Ladeneinrichtungen usw.

§ 647. Lotmar 383 ff.: Diejenigen Sachen, die aus einem vom Arbeitnehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen waren und aus einem von ihm beschafften Stoffe hergestellt worden sind, unterliegen nicht dem § 647, sondern nach dem § 651 den Vorschriften über den Kauf. Bei den unvertretbaren Sachen ist die Anwendung des § 647 ausdrücklich ausgeschlossen. Diejenigen Sachen dagegen, welche der Arbeitnehmer aus einem durch den Arbeitgeber beschafften Stoff hergestellt hat, unterfallen dem Pfandrechte des Arbeitnehmers nur, wenn der Stoff dem Arbeitgeber gehört hat und die Sachen nicht — gemäß § 950 — durch die Herstellung in das Eigentum des Arbeitnehmers gekommen sind; an seinen eigenen beweglichen Sachen ist ein Pfandrecht unmöglich. — 384 Anm. 3 bekämpft er den Satz, daß bei einer auf Grund eines Werkvertrags vollzogenen Verarbeitung Eigentum nur für den Besteller geschafft werden könnte (Kober bei Staudinger, Endemann, Riezler, Emerich); das Eigentum an der neuen Sache kann ihm nach § 950 nur zufallen, wenn der Wert der Spezifikation erheblich geringer ist als der des Stoffes. Vgl. darüber auch JDR. **1** zu § 950 und oben zu § 631 Note 4, § 634 Note 7, § 644 Note 5.

§ 648. 1. Der Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek besteht auch dem Erbbauberechtigten gegenüber. Eine Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung (ohne Nachweis der Gefährdung) kann auch vor der Vollendung verlangt werden. Friedrichs, Prozeßpraxis 396/397.

2. OLG. **6** 84—85 (Naumburg) — s. oben zu § 401 —: Die dem Bauhandwerker eingeräumte Befugnis aus § 648 geht bei Abtretung der Forderung auf den neuen Gläubiger über.

3. Lotmar 725 ff.: Ist die Vergütung, die dem Bauunternehmer im Werkvertrag zugesagt worden ist, gänzlich oder teilweise eine Naturalvergütung, so ist § 648 nicht ohne weiteres anwendbar. Der Besteller braucht die Sicherungshypothek nicht einzuräumen, solange der Unternehmer keine Geldforderung aus dem Werkvertrage erworben hat. Über Vergütung s. oben zu § 645 Note 2.

4. Lotmar 100 Anm. 2: Die „geleistete Arbeit“ (§§ 645, 648) ist ge-

leistet, auch wenn sie nicht allein vom Arbeitnehmer, sondern teilweise und etwa größerenteils von Dritten verrichtet worden ist. S. auch oben zu § 645 Note 2.

5. OLG. **6** 85 (KG.): Das dem Bauunternehmer im § 648 gewährleistete Individualrecht kann durch die Hinterlegung des durch die Hypothek zu sichernden Betrags nicht beseitigt werden, weil dieser Modus der Aufhebung der Sicherheitshypothek im Gesetze nicht anerkannt ist und auch aus den allgemeinen Regeln, nach denen die Löschung der Hypothek bei deren Fälligkeit erfolgt, nicht gefolgert werden kann.

Auch kann der Schuldner dem Gläubiger das Recht aus § 648 nicht illusorisch machen durch den Hinweis auf einen Weg, durch welchen er seine Rechte ebensogut wahrnehmen könne, es sei denn, daß der Gläubiger nur aus Schikane gegen den Schuldner sein Recht verfolgte.

RG. 55 141 ff., JW. **03** 243, das diese Entscheidung aufhebt, findet in der Ansicht des KG. eine Verkennung der rechtlichen Grundlage der vom Gläubiger erlangten Vormerkung wie der dem Schuldner nachgelassenen Hinterlegung einerseits sowie des Zweckes und der rechtlichen Tragweite der Hinterlegung andererseits. Mit der Wirkung der Hinterlegung als Sicherheitsleistung im Sinne des § 939 ZPO. ist ihre Bedeutung nicht erschöpft; im vorliegenden Falle geschah das Anerbieten des Schuldners zum Zwecke einer vorweg genommenen, an die Bedingung der rechtskräftigen Zuerkennung des klägerischen Anspruchs geknüpften Zahlung der eingeklagten Forderung. Die Zahlung der Schuldsumme vernichtet aber von selbst das auf den § 648 gestützte Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek. Es kann zwar der Gläubiger auch an der Eintragung der Hypothek ein selbständiges Interesse haben, das ihn berechtigt, das Zahlungsanerbieten zurückzuweisen; davon ist aber nicht die Rede, wenn er eine Klage auf Geld, auf Zahlung der Schuldsumme erhoben hat. Sobald der Gläubiger (in Fällen wie dem vorliegenden) seinen Anspruch auf die Sicherungshypothek durch Erwirkung eines seine Forderung feststellenden rechtskräftigen Urteils geltend machen würde, wäre seine Befriedigung durch die Hinterlegung gewährleistet, würde also das akzessorische Recht der Sicherungshypothek wegfallen. Weiterhin ist das Wesen der Vormerkung insofern verkannt, als diese nicht Vollzug des dem Gläubiger im § 648 eingeräumten Anspruchs, sondern Vollzug einer, zum Schutze dieses Anspruchs vom Richter nach freiem Ermessen angeordneten prozessualen Maßregel ist, auf die die § 935 ff. ZPO. Anwendung finden, insbes. auf die §§ 936, 927. Ein besonderer Umstand im Sinne dieser Bestimmungen ist nicht nur das Interesse des Schuldners an der Beseitigung einer ihm höchst lästigen Behinderung in der Verfügung über sein Eigentum, sondern vor allem die durch die Hinterlegung entstehende völlig geänderte Sachlage. Nach § 938 ZPO. kann das Gericht frei die zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Anordnungen treffen. Schließlich zeigt die Unhaltbarkeit der Ansicht des KG. auch der Hinweis auf den Arrest, den der Gläubiger ebenfalls hätte erwirken können; denn auf Grund des Arrestes hätte die Hypothek sogar eingetragen — nicht nur vorgemerkt — werden können (§ 932 ZPO.). Selbst diese Hypothek aber hätte nach Hinterlegung des nach § 923 bestimmten Geldbetrags sofort gelöscht werden müssen.

§ 649. 1. OLG. **7** 480 (Celle): Die Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung des vereinbarten Lohnes bleibt als Vertragsanspruch bestehen, nicht als Schadensersatzanspruch. Vielmehr hat ein Schadensersatzanspruch des Unternehmers, weil er sich mit den Gründen, auf denen der § 324 beruht, nicht verträgt, durch den § 649 geradezu ausgeschlossen werden sollen.

2. Lotmar 520 Anm. 1: Der § 649 läßt der Kündigung vor der Vollwirksamkeit des Werkvertrags Raum; er beschränkt sie nicht auf den Entzug der „Fortsetzung" der Werkausführung.

3. Lotmar 554: Der § 649 ist insofern nicht absoluten Rechtes, als die Kündigung durch Vertrag für eine gewisse Frist oder für einen gewissen Fall ausgeschlossen werden kann, vorausgesetzt, daß damit nicht wider die guten Sitten verstoßen wird.

4. Lotmar 599: Die Kündigung selbst ist eine unbefristete; doch kann eine Kündigungsfrist verabredet werden, sofern damit nicht gegen die guten Sitten verstoßen wird oder es sich um Arbeit handelt, die auf Grund besonderen Vertrauens bestellt wird; hier kann sich der Besteller an keine Frist binden. S. auch § 613: Das „jederzeit" bildet nur die Regel.

5. Lotmar 643: Über Fälle, wo die Rückerstattung des Pränumerierenden durch die Kompensation mit dem Schadensersatze gegenstandslos wird, wo die zurückzuerstattende durch die als Ersatz vom Gesetze zugebilligte Vergütung aufgewogen und demnach behalten wird; z. B. § 649: Vergütung verlangen heißt dann: sie behalten.

6. Lotmar 646 Anm. 2: Auch wenn der Besteller wegen vertragswidrigen Verhaltens des Unternehmers kündigt und infolge der Kündigung kein Interesse an den bisherigen Leistungen des Unternehmers hat, muß er „die vereinbarte Vergütung" entrichten.

7. Lotmar 650 Anm. 4: Vertragsmäßige Vergütung ist diejenige, welche bei Fortbestand des Verhältnisses verlangt worden wäre.

8. Lotmar 141: Über die Anrechnung der Ersparnis s. oben zu § 615 Note 6. Darüber, daß es unerheblich ist, ob die Arbeit von Gehilfen geleistet wird, s. ebenda. Darüber, daß unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes der Wert der Arbeit Dritten abgezogen werden kann, s. oben zu § 642 Note 3.

§ 650. Lotmar 520 Anm. 1: Der Grund des § 650 kann sich sehr wohl vor der Vollwirksamkeit des Werkvertrags einstellen.

616: Die Reduktion, welche § 650 bei einem bestimmten Kündigungsgrund eintreten läßt, kann durch Vertrag auch für andere Kündigungsgründe zur Geltung gebracht werden.

Literatur: Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag nach allgemeinen Grundsätzen und nach gemeinem Rechte. Berlin 1902. — Ochß, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 zu beurteilenden Vertragsverhältnisse. (Diss.) Leipzig 1903.

§ 651. Allgemeines. Kauf und Werklieferungsvertrag. Grenzziehung.

1. Ochß.

I. Den einheitlichen Begriff der dieser Gesetzesstelle unterfallenden Vertragsverhältnisse bezeichnet man am besten mit dem Worte Werkübereignungsvertrag.

Er legt zu seiner Erfüllung dem Unternehmer die Erfüllung dreier Pflichten auf:

a) Stoffbeschaffungspflicht,
b) Werk(Sach)herstellungspflicht,
c) Übereignungspflicht.

Die 3 Pflichten sind vollständig gleichwertig und selbständig, daher auch Klage auf Erfüllung jeder einzelnen möglich.

Das herzustellende Objekt muß stets eine selbständige bewegliche Hauptsache sein. Hierzu gehören im einzelnen Falle auch Zubehörstücke (vgl. § 97); daß der Stoff vor der Verarbeitung unbedingt vom Unternehmer zu Eigentum erworben werden müsse, ist nicht notwendig.

II. Diesem Vertrage haften bezüglich seiner rechtlichen Natur in der Überzahl die werkvertragsrechtlichen Merkmale an (vgl. Nr. I 1—2). Er ist daher

kein Kauf, sondern ein besonders gearteter Werkvertrag, der den Unternehmer zur Stoffbeschaffung, Herstellung und Übereignung des Werkes (der Sache) verpflichtet, im übrigen aber prinzipiell kaufrechtlicher Behandlung unterstellt ist.

Nach den Worten des Gesetzes muß man unterscheiden:

a) den reinen oder echten Werkübereignungsvertrag. Das Objekt ist hier eine vertretbare Sache. Die Anwendung der kaufrechtlichen Bestimmungen ist hier im besten Sinne prinzipiell, jedoch ist die Anwendbarkeit der §§ 642, 643, 645 nicht ausgeschlossen. Hier kein Nachbesserungsrecht des Unternehmers!

b) den gemischten oder unechten Werkübereignungsvertrag (meistens „Werklieferungsvertrag" genannt). Das Objekt ist hier eine nicht vertretbare bewegliche Sache. Auch in diesem Falle bleibt unbeschadet der Abänderungen im Gesetze die Anwendung der Kaufnormen prinzipiell. Hier ist dem Unternehmer das Nachbesserungsrecht gestattet im Gegensatze zu § 381 HGB.

III. Direktes dispositives Recht der Parteien, ob die Bestimmungen über den echten oder unechten Werkübereignungsvertrag angewendet werden sollen, enthält § 651 Abs. 1 nicht. Nur unter der Voraussetzung, daß der Charakter der Sache von den Parteien bestimmt wird, kommt auf indirekte Weise sog. dispositives Recht zustande.

2. Henle untersucht diejenigen Vereinbarungen, die die Verpflichtung zur Veräußerung eines Gegenstandes gegen Geld enthalten (Näheres 18 ff.). Vor allem handelt es sich um entgeltliche Verpflichtungen, die in der Parteivereinbarung verbunden vorkommen müssen.

a) 37: Beim reinen Kaufe handelt es sich für den Käufer entweder darum, eine seinem Vermögen bisher fremde Ware zu bekommen; demgegenüber strebt der Werkbesteller das Ziel an, daß in seiner Lebenssphäre eine Veränderung anderer Art vor sich gehe, und zwar, daß bei Sachwerkverträgen — meist ihm gehörige — Sachen oder Bestandteile von solchen eine andere räumliche Stellung einnehmen.

b) 42: Eine Hauptfrage ist: ist ein Willensakt, der eine einheitliche, auf Veräußerung und Erarbeitung zugleich gerichtete Obligation schafft, denkbar und existent? Er bejaht die Frage, weil derartige Bedürfnisse vorkommen. Einheitliche Bedürfnisse führen zur Begründung von einheitlichen Obligationen. Im Zweifel ist Einheitlichkeit der Obligation anzunehmen (44).

c) 45 ff. kommt er zu folgenden weiteren Ergebnissen:

α. Die rechtliche Natur eines Schuldvertrags richtet sich αα. zunächst nach seinem Hauptgegenstande, ββ. nach dem Nebengegenstande, insoweit die sub α. festgesetzte Behandlung dadurch keine Einbuße erleidet.

β. Der Name eines Schuldvertrags richtet sich nach dem Namen der seinen Hauptgegenstand beherrschenden Normen.

γ. Das Bestreben, α und β zusammenzufassen, hat zu dem unrichtigen Satze geführt: die rechtliche Natur eines Vertrags richtet sich nach seinem Hauptgegenstande (51).

d) 51 ff. über den Werklieferungsvertrag. Man kann zweifeln, ob nicht bei allen Grenzverträgen, die zur Veräußerung und Erarbeitung zugleich verpflichten, die eine oder die andere dieser Pflichten als Hauptgegenstand erscheint, ob es also überhaupt „neutrale" Grenzverträge gibt. Die Frage wird bejaht. Die Entscheidung ist Sache der Auslegung. Die Vermutung spricht für gleiche Wesentlichkeit der Pflichten (52). Eine Kombination von einem Teile der Kaufnormen und einem Teile der Werkvertragsnormen zu einem neuen Normenkomplex ist der angemessenste Weg (näheres 53 ff.).

Die Verträge stehen als selbständige Gruppe zwischen Kauf und Werkver-

trag; zwischen letzteren liegt ein Grenzgebiet, nicht eine Grenzlinie. Die gebräuchlichste Bezeichnung Werklieferungsvertrag empfiehlt sich (55—56).

e) 56ff. über abweichende Theorien.

Die Ergebnisse faßt er dahin zusammen (68):

α. Bei den einheitlichen zu Veräußerungen und Erarbeitung zugleich verpflichtenden Obligationen ist zu unterscheiden, ob eine der Pflichten als Nebenverpflichtung zurücktritt oder nicht.

αα. Im ersteren Falle ist die Obligation, je nachdem welche der Pflichten die Hauptverpflichtung ist, Kauf oder Werkvertrag.

ββ. Im letzteren Falle steht die Obligation in der Mitte zwischen Kauf und Werkvertrag.

β. Eine breite Ausnahme bilden die Obligationen, welche die Beziehung zwischen Vertragsschluß und Arbeit vermissen lassen. Sie fallen unter den Kauf.

Kauf und Werkvertrag grenzen demnach nicht aneinander.

f) Vgl. über Henle auch oben zu § 433 Note 5, 6.

3. Levy: a) Machen sowohl der Besteller wie der Unternehmer Hauptleistungen, dann liegen gewöhnlich zwei Geschäfte vor, von denen das eine bezweckt, den gesamten Stoff in das Eigentum einer der Parteien zu bringen.

b) Widerspricht diese Handlungsweise der Absicht der Parteien, dann wird der Unternehmer durch Verarbeitung gemäß § 950 Eigentümer des gesamten Stoffes; folglich liegt hier ein Werklieferungsvertrag oder ein Kauf vor, je nachdem die Parteien auf die Herstellungspflicht einen Wert legen oder nicht.

c) Ist der Wert der Verarbeitung und der Umbildung erheblich geringer als der Wert des Stoffes, dann tritt Miteigentum gemäß den §§ 947, 948 ein. Für diesen Fall werden im allgemeinen die Vorschriften vom Kaufe genügen.

d) Ebenso tritt Miteigentum ein, wenn die gelieferten Stoffe wesentliche Bestandteile einer neuen Sache bilden. Für die Frage, ob ein Kauf- oder ein Werklieferungsvertrag vorliegt, ist ausschlaggebend, ob es auf die Veräußerungs- oder auf die Herstellungspflicht mehr ankommt. Liefert der Unternehmer den Stoff, verpflichtet sich aber der Besteller zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen, so gelten dieselben Vorschriften, welche gelten, wenn der Unternehmer allein den Stoff liefert.

Es besteht eine Rechtsgewähr außer in den Fällen der §§ 434, 436, 439, 443. Die Rechte des Bestellers bestimmen sich gemäß § 440 nach §§ 320—327.

Bezüglich der Gewährleistung für Sachmängel ist die Unterscheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen wertlos im Handelsrechte. HGB. § 381 Abs. 2.

Handelt es sich um die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache und weiß der Besteller oder weiß er infolge grober Fahrlässigkeit nicht, daß der individuell bestimmte Stoff mangelhaft ist, so findet § 460 BGB. Anwendung.

4. Lotmar 183ff.: In dem Falle des Abs. 1 Satz 1 und 2 liegt nur ein Vertrag, und zwar ein Kauf vor; im Falle des Abs. 2 liegt ein Arbeitsvertrag (Werkvertrag) vor; im Falle des Abs. 1 Satz 3 ist auch ein Arbeitsvertrag (Werklieferungsvertrag) gegeben.

5. Besonderes über den Werklieferungsvertrag. Vgl. auch o. Note 1—4.

a) KG. DJZ. **03** 322: Auf einen Werkvertrag über eine nicht vertretbare Sache finden nach § 651 die Bestimmungen über den Kaufvertrag keine Anwendung. Daran wird durch § 381 Abs. 2 HGB. nichts geändert, weil er nur die Bestimmungen des 2. Abschnitts im 3. Buche für anwendbar erklärt, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.

b) Lotmar 211 ff.: Die praktische Bedeutung des Werklieferungsvertrags wird durch § 381 Abs. 2 HGB. vermindert. Als Handelsgeschäft kann er nur vorkommen, wo er auf Herstellung einer unbeweglichen Sache gerichtet ist. Das Überwiegen der Natur des Arbeitsvertrags zeigt sich darin, daß er gerade derjenigen Rechtswirkungen teilhaftig ist, welche den Unternehmer als Arbeitnehmer und das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis kennzeichnen: §§ 642 Abs. 2, 645, 649 Satz 2. — Die Ausnahme der §§ 647, 648 tadelt er als eine schwer begreifliche. Ein Ausweg, etwa die Annahme, daß der Bauhandwerker, der die Herstellung von auf dem Grundstücke des Bestellers anzubringenden Sachen übernimmt, damit einen Werk- und nicht einen Werklieferungsvertrag schließe, ist unmöglich. — Der § 651 ergibt klar nur eins: daß der Vertrag über die Herstellung unbeweglicher, d. h. unvertretbarer Sachen aus vom Unternehmer zu beschaffendem Stoffe ein Werklieferungsvertrag ist. Im übrigen ist die Definition unzureichend und irreleitend. Denn es gibt kaum irgendeine bewegliche Sache, die nicht im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegt. Dies müßte nach § 91 auch von Werken der bildenden Kunst, Statuen, Gemälden gelten. Es müßte vielmehr im § 91 heißen: daß die Sachen durch Zahl, Maß oder Gewicht vollständig bestimmt werden, indem die Zahl-, Maß- oder Gewichtsbestimmung zu ihrer Bestimmung für das privatrechtliche Verkehrsbedürfnis genügend ist. Daher müssen die Sachen einer Gattung von Sachen angehören, die gewöhnlich nur gattungsmäßig bestimmt werden.

Einen Fall aus der Praxis — Anfertigung einer gangbaren Art von Möbelstücken, daher vertretbaren Sachen — s. OLG. Dresden, SächsA. **13** 626 ff.

c) Henle 20 Anm. 14 wendet sich gegen Riezler, der (53 Anm. 10, 64 ff., 52) aus § 651 Abs. 1 den Rechtssatz herausliest, daß stets, wenn der Lieferant den Stoff zum Werke selbst beschafft, er zur Übereignung des Werkes an den Besteller verpflichtet sei. Es muß vielmehr (so Planck und die herrschende Ansicht) bei der Anwendung des § 651 vorausgesetzt werden, daß die Übereignung des Werkes in der Parteiabsicht liegt.

6. Einzelheiten.

Lotmar 179 ff.: Zu der Herstellung des Werkes gehört die Herstellung einer Sache; der vom Unternehmer zu beschaffende Stoff kann nur Stoff im materiellen Sinne, seine Veräußerung an den Besteller nur Sachleistung sein. Dies bestätigt auch Abs. 2.

7. Locatio conductio irregularis.

Eck 529: Übergangen ist die locatio conductio irregularis, bei der dem Unternehmer zwar der Stoff geliefert, aber gestattet ist, ihn durch einen anderen zu ersetzen, — in der Hausindustrie vorkommend. Es liegen meist zwei Verträge vor: ein Kaufvertrag und ein Lieferungsvertrag nach § 651. Es kann aber auch die Vereinbarung bedeuten, daß in den Eigentumsverhältnissen und im Tragen der Gefahr erst dann eine Änderung eintreten soll, wenn der Unternehmer von seiner Berechtigung, den Stoff durch anderen zu ersetzen, Gebrauch macht (Planck II 390 Note 2c). Wichtig beim Konkurse des Werkmeisters: der noch nicht verarbeitete Stoff kann event. ausgesondert werden.

8. Zum Abs. 2.

Ochs: Die Vertragsverhältnisse dieses Absatzes sind nichts anderes als echte Werkverträge.

Die o. Note I, unter a—c genannten Pflichten haben hier keine selbständige Bedeutung mehr, zum Teil verlieren sie ihren eigentlichen Charakter. Die Hauptsache kann hier beweglich oder unbeweglich sein.

Achter Titel.
Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Der Mäklervertrag hat im wesentlichen nur durch die Rechtsprechung im Berichtsjahre fruchtbare Behandlung und Förderung erfahren. Wo über dieselbe Frage mehrfache Entscheidungen ergangen sind, ist überall gleichmäßig und in Übereinstimmung mit früheren Urteilen entschieden worden. Eine juristisch interessante neue Streitfrage behandeln die zu § 652 Note 6 angeführten Erkenntnisse, einen tatsächlich wichtigen Tatbestand das unter Note 8a gebrachte Material. Hinsichtlich des § 656 geht, wie das Urteil zu Note 3b das. zeigt, die Tendenz der Praxis — wohl mit Recht — dahin, den gesetzgeberischen Gedanken des § 656 nicht allzusehr nach der Seite der Verwerflichkeit der Ehemäkelei zu überspannen. Aus der Literatur sind im wesentlichen nur einige Bemerkungen insbes. aus den bekannten Werken von Eck, Leske, Lotmar und Schneider verzeichnet worden. Berücksichtigungsbedürftige Einzelarbeiten finden sich nicht.

§ 652. Allgemeines.

1. Siber, Rechtszwang: Aus dem Mäklervertrag ergeben sich nicht notwendig Verpflichtungen des Mäklers. Sind solche zur Bemühung um die Nachweisung oder Vermittelung vereinbart, so liegt, wenn die Bemühungen ohne Rücksicht auf den Erfolg belohnt werden (z. B. durch tägliche Spesen), eine Kombination von Mäklervertrag und Dienstvertrag, andernfalls nur ein Werkvertrag auf Probe vor. Mäklervertrag niemals gegenseitig, daher bei vertragswidriger Tätigkeit des Mäklers nicht §§ 320ff., sondern nur § 162 Abs. 1 Satz 2 anwendbar. Schadensersatzpflicht des Mäklers nicht aus Vertrag, sondern nur aus Delikt (§ 826) oder kraft besonderer Gesetzesvorschrift, z. B. HGB. § 98 (s. 18ff.). Ähnlich bei Auslobung (§ 657), Trödelvertrag, Konditionsgeschäft, condicionis implendae causa datum (s. 26ff.).

2. Leske 269, 270 führt aus: Ist ein Kaufvertrag beabsichtigt, so ist der Mäklerlohn erst verdient, wenn der Kaufvertrag perfekt ist; soll ein Darlehn vermittelt werden, so ist der Anspruch auf die Provision erst mit der Hingabe des Darlehns, nicht schon durch die Vermittelung des klagbaren Darlehnsversprechens begründet (**RG. 39** 231; Seuff. A. **37** Nr. 307; Riesenfeld, Gruchots Beitr. **37** 545). Der Auftraggeber muß bei dem Abschlusse des Vertrags von der vorausgegangenen Vermittelungstätigkeit des Mäklers Kenntnis gehabt haben (**RG. 6** 187, **31** 289; Seuff. A. **30** Nr. 21, **34** Nr. 115, **37** Nr. 306). Ist der Vertrag nichtig, so kann der Mäklerlohn nicht beansprucht werden (**RG. 18** 163, 166, **25** 320, **29** 232); ebensowenig wenn der zustande gekommene Vertrag wegen Irrtums oder Betrugs angefochten und deshalb als von Anfang an nichtig anzusehen ist (**RG.** Gruchots Beitr. **40** 967).

Einzelfragen.

3. Resolutivbedingung und Rücktrittsvorbehalt. Vgl. JDR. **1** zu § 652 Note 1b Abs. 4 und 1c.

a) Eck 529: Eine auflösende Bedingung des zustande gekommenen Vertrags hebt den Mäklerlohn auf, nicht aber ein Rücktritt. — Ein vom Mäkler erwirktes pactum de mutuo dando berechtigt noch nicht zur Provision, sondern erst die Hingabe des Darlehns.

b) Leske 270: Wird ein Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so ist mit dem Zustandekommen auch der Mäklerlohn verdient. — Bei dem Eintritt der auflösenden Bedingung fällt die Voraussetzung, unter welcher die Provision geschuldet wurde, weg, so daß der bereits gezahlte Lohn kondiziert werden kann (§ 158 Abs. 2). **RG.** Bolze, Praxis d. RG. **7** Nr. 503 und in Seuff. A. **45** Nr. 13.

Macht eine Partei von einem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Kündigungsrechte Gebrauch, oder wird das zustande gekommene Geschäft hinterher durch Vereinbarung der Kontrahenten wieder aufgehoben, so bleibt der Anspruch auf Mäklerlohn begründet. Seuff. A. **40** Nr. 16.

4. Kenntnis von der Solvenz und Insolvenz des Kontrahenten. Vgl. IDR. **1** zu § 652 Note 1b Abs. 3, 2e.

a) Leske 272 z. V.: Für die Zahlungsfähigkeit des Gegenkontrahenten hat der Mäkler mangels besonderer Abrede nicht einzustehen. Dagegen haftet er seinem Auftraggeber, wenn ihm die Zahlungsunfähigkeit oder die Kreditunwürdigkeit bekannt war und er hiervon nicht Mitteilung machte. Seuff. A. **27** Nr. 225, **29** Nr. 125, **49** Nr. 89; Riesenfeld, Gruchots Beitr. **37** 280; Neubauer, A.bürgR. **6** 11.

b) OLG. Kolmar, DIZ. **03** 60: Nur wenn der Mäkler die Zahlungsunfähigkeit des von ihm zugeführten Käufers kennt oder kennen muß und sie dennoch dem Verkäufer verschweigt, geht er wegen vertragswidrigen Handelns seines Lohnanspruchs verlustig. Mit Nachforschungen über seine finanzielle Lage braucht er sich nicht zu befassen.

5. Erfordernis des Kausalzusammenhanges.

a) Voraussetzungen.

α. Bezüglich des Kausalzusammenhanges ist (wie Planck zu § 652 hervorhebt) regelmäßig erforderlich, daß der Auftraggeber von der Tätigkeit des Mäklers Kenntnis und dadurch auch das Bewußtsein erlangt hat, bei Abschluß des Vertrags einen Mäklerlohn zahlen zu müssen. Denn der letztere Umstand wird seine Entschließung erheblich beeinflussen. (**RG. 31** 289 ff.). So OLG. Karlsruhe, Bad Rpr. **03** 255.

Ebenso LG. Halle, NaumbAK. **03** 37: Das Geschäft muß von dem Auftraggeber des Mäklers bewußt auf Grund der Tätigkeit des Mäklers abgeschlossen werden, er muß von der voraufgegangenen Mäklertätigkeit bei Abschluß des Geschäfts Kenntnis haben.

β. OLG. Breslau, R. **03** 360 Nr. 1965 betont, daß es unerheblich, daß auch andere Ursachen mitgewirkt haben.

γ. Der ursächliche Zusammenhang ist gegeben, wenn der Mäkler einen provisorischen Vertrag vermittelt hat und die Parteien später auf Grund dieses ersten Vertrags einen definitiven schließen. OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **34** 532.

b) Beweislast.

RG. Gruchots Beitr. **47** 927 ff. — s. auch IDR. **1** zu § 652 Note 2f —: Steht fest, daß die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags, wie ihn der Auftraggeber zu schließen beabsichtigte, diesem durch den Mäkler wirklich mitgeteilt worden ist, und kommt andererseits ein solcher Vertrag nachher zustande, so ergibt sich beim Mangel sonstiger für die Frage des ursächlichen Zusammenhanges erheblicher Umstände von selbst der Schluß, daß der Vertragsabschluß auf den Nachweis mindestens als eine seiner Ursachen zurückzuführen ist. Dies genügt aber zur Annahme eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen zwei Tatsachen. Dem anderen Teile steht der Gegenbeweis offen, daß in Wirklichkeit der Nachweis nicht ursächlich für den Vertragsschluß geworden, daß also der aus der Aufeinanderfolge dieser beiden Tatsachen der Regel nach zu ziehende Schluß, daß der Nachweis zu dem Zustandekommen des Geschäfts wenigstens mitgewirkt habe, im gegebenen Falle nicht gerechtfertigt sei.

Im gleichen Sinne **RG.** DIZ. **03** 31 Nr. 3.

S. ferner LG. Darmstadt, HessRspr. **4** 60: Der Vertragsabschluß muß auf den Nachweis mindestens als eine Ursache zurückzuführen sein. Ist dieser Nachweis geführt, so ist es Sache des anderen Teiles, im Gegenbeweise dar-

zutun, daß eine andere Tatsache als der Nachweis des Klägers für den Vertragabschluß ursächlich gewesen ist.

6. Geschäft mit abweichendem Inhalte.

a) **RG.** R. **03** 504 Nr. 2540: Es ist im einzelnen Falle unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände festzustellen, ob nach dem Willen der Beteiligten der Anspruch auf Provision dem Mäkler auch dann noch zustehen soll, wenn das zustande gekommene Geschäft seinem Inhalte nach von dem in Aussicht genommenen abweicht.

Der Anspruch auf die Provision ist nur begründet, wenn das vermittelte Geschäft zustande gekommen ist. Hängt der gültige Abschluß von einer Form ab (§ 313), so muß auch diese erfüllt sein.

b) OLG. Posen, PosMschr. **03** 74: Es ist auf den gewollten wirtschaftlichen Zweck das entscheidende Gewicht zu legen. Es erscheint daher gleichgültig ob die Rechtsbeziehungen zwischen einem Fachmanne, der dem Auftraggeber zur Beteiligung an einem Unternehmen zugeführt werden sollte, hinterher in der Form eines Gesellschaftsvertrags oder eines Dienstvertrags ihre äußere juristische Gestaltung erlangt haben.

7. Freiheit der Entschließung für den Auftraggeber.

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **67** 101 — s. auch unten Note 8 b und IDR. **1** zu § 652 Note 2 g —: Der Auftraggeber braucht, trotzdem ihm von dem Mäkler ein Käufer nachgewiesen ist, den Vertrag nicht abzuschließen. Erst wenn er sich für die Annahme der Mäklerdienste entschlossen hat und auf Grund dieser Dienste das Geschäft geschlossen ist, entsteht für ihn eine Verpflichtung zur Zahlung einer Mäklergebühr. Von einer Annahme kann aber erst dann die Rede sein, wenn er von ihnen Kenntnis erhalten hat.

8. Einzelne Fälle, insbesondere aus der Rechtsprechung.

a) Bindung bis zu einem Termine. Vgl. IDR. **1** zu § 652 Note 2 b.

α. Schneider, Treu und Glauben 117 ff.: Über die Auslegung eines Scheines mit den Worten „Dieser Schein wird bis zum 1. Februar 1900 ausgestellt" innerhalb eines Mäklervertrags (Hauskauf). Muß die Vermittelung bis zum 1. 2. 00, zum Kaufabschlusse geführt haben? Er bejaht die Frage: die Vermittelung (durch Bestimmung des Kauflustigen) und die Mitteilung davon muß an den Verkäufer schon vor dem genannten Tage erfolgt sein. Der Abschluß selbst darf später eintreten. Vgl. hierzu § 777, wo das Gesetz Entsprechendes ausdrücklich bestimmt hat.

β. OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **67** 293: Die Bedeutung der Abmachung, daß einem Mäkler ein Haus bis zu einem bestimmten Zeitpunkte „fest an die Hand gegeben" wurde, geht nur dahin, daß der Auftraggeber keinen anderen Mäkler mit dem Verkauf zu betrauen sich verpflichtete. Das freie Entschließungsrecht, insbesondere das Recht, selbst zu verkaufen, wird im übrigen nicht berührt. Anders, wenn die Parteien ausdrücklich vereinbaren, daß der Eigentümer bis zu dem fraglichen Zeitpunkte sein Haus nicht selbst verkaufen dürfe. Eine solche Abrede ist zulässig und besagt, daß, wenn er der Abrede zuwider selbst verkauft, die versprochene Mäklergebühr zu entrichten sich verpflichtet.

b) Begriff des „Zuführens" (eines Käufers).

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **67** 100: Jemandem einen Käufer „zuführen" heißt ihm denselben heranbringen. Es ist demnach mit „Zuführen" begrifflich eine Verlautbarung der Mitwirkung des „Zuführenden" verbunden. Allerdings braucht der Mäkler den Kauflustigen nicht persönlich „zuzuführen", jedenfalls aber muß demjenigen, der die Tätigkeit des Mäklers in Anspruch ge-

nommen hat, vor dem Geschäftsabschlusse die Mitwirkung des Mäklers bei dem Auftreten des Kauflustigen als eine „zuführende" zum Bewußtsein kommen. Vgl. auch o. Note 5a zu α.

c) Begriff des „Unterhandelns".

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 323: Unter einem „Unterhandeln", an welches eine Provision geknüpft sein soll, versteht man eine eingehende Erörterung der Vorzüge des zu verkaufenden Objekts und der dem Kaufliebhaber erwachsenden Vorteile sowie der Vorschläge des Gegenteils. Ein solches Verfahren setzt ein Verhandeln des Mäklers mit beiden Teilen voraus.

d) OLG. Breslau, R. **03** 360 Nr. 1964: Ist die Höhe des Mäklerlohns von der Erzeugung einer Warenmenge für den zur Zahlung Verpflichteten abhängig, so ist lediglich die Fälligkeit des Mäklerlohns aufgeschoben. Hat die beabsichtigte Warenerzeugung nicht stattgefunden, so ist die Höhe entsprechend zu berechnen.

§ 653. 1. Über Lotmar 124 ff. — stillschweigende Vereinbarung — s. oben zu § 612 Note 1.

2. Über Lotmar 133ff. —Taxe — s. oben zu § 612 Note 3.

3. OLG. **6** 86—87 (Celle): Der übliche Mäklerlohn gilt nicht ohne weiteres als vereinbart; das ergibt Abs. 2. Es muß der Kläger beweisen, daß die Höhe der Vergütung nicht bestimmt worden ist.

§ 654. 1. Unger, Hirths Ann. **36** 550 hält die Bestimmung für unanwendbar, wenn der Mäkler ein Tauschgeschäft vermittelt hat. Bei diesem kann der Mäkler nur Vermittler für beide Parteien, nicht aber Vertrauensmann nur einer Partei sein.

2. Eck 530: Nimmt der Mäkler die Stellung eines Vertrauensmanns ein, so besteht sein Anspruch (im Falle des § 654) schlechthin nicht; der Richter muß dies von Amts wegen beachten. (So z. B., wenn der Mäkler, der vom Verkäufer beauftragt ist, dem Käufer verspricht, ihm das Haus wieder abzukaufen.) Im anderen Falle — z. B. bei Gesindevermietung — kann er von beiden Teilen Lohn verlangen.

3. Der § 654 setzt voraus, daß der Auftraggeber von dem Mäkler besonders verlangt hat, daß er seine besonderen Interessen wahre und den Abschluß des Vertrags in einem für ihn günstigen Sinne herbeiführen solle. OLG. Frankfurt, R. **03** 605 Nr. 3074.

4. OLG. **6** 87 (Posen) in Anlehnung an RG. SächsA. **10** 237: Der Mäkler hat sich nach der Zuführung des Käufers jeder Handlung zu enthalten, die auf Hinderung des Vertragsabschlusses abzielt; er muß sich auch in seinem späteren Verhalten jeder Verletzung der Vertragstreue enthalten.

In der Anstellung und Anpreisung eines anderen Grundstücks liegt an sich noch kein Handeln gegen die Vertragstreue, wohl aber in der Erklärung, er werde dem Käufer das Vorwerk bedeutend billiger als für 48000 Mark verschaffen, durch die derselbe veranlaßt wurde, den Preis auf 46000 Mark herabzudrücken. Ebenso natürlich in ungünstigen Äußerungen über das Vorwerk.

Handeln zwei Mäkler gemeinschaftlich, so beseitigt der Verstoß des einen auch den Provisionsanspruch des anderen.

§ 655. 1. Lotmar 728, insbes. Anm. 2: Die Stelle paßt — mindestens analog — auch auf Naturalvergütung. Über die Frage der Herabsetzung (Teilung) der real unteilbaren Naturalvergütung s. oben zu § 634 Note 3.

2. Lotmar 173: Unverhältnismäßig hoch heißt: ein Mißverhältnis muß entstehen. Dabei ist etwa dem Mäklerlohne beigemischter Auslagenersatz in Anschlag, d. h. in Abzug zu bringen. Es kommt der Vermögensvorteil in Betracht,

den der Dienstvertrag derjenigen Partei gewährt, wegen welcher der Mäklervertrag geschlossen wurde. Das Mißverhältnis braucht jedoch nicht ein „auffälliges" zu sein.

3. Eck 530: Dem Schauspieler wäre schlecht gedient, wenn man mit Opet den Engagementsvertrag als einen Werkvertrag ansehen und den § 655 ausschließen würde.

§ 656. 1. Eck 530/1 sieht die sittliche Verwerflichkeit des Geschäfts als Grund der Bestimmung an. Kohlers Ansicht, daß auch die Insertionskosten für öffentliche Ankündigungen, die infolge eines solchen Vertrags geschehen sind, nicht zu bezahlen seien, hält er für zutreffend.

2. Nach Oertmann, ÖstAGZ. **02** 201 hat § 656 denselben Charakter wie § 762. Auch hier erschöpft sich die Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit in der einen Wirkung der soluti retentio. Ein auf der alten mangelhaften causa aufgebautes Schuldanerkenntnis ist — a. M. Stammler, Allg. Lehren 29 — unwirksam.

3. Aus der Rechtsprechung.

a) OLG. Braunschweig, R. **03** 576 Nr. 2919: Hat der Akzeptant eines zur Erfüllung des unverbindlichen Versprechens eines Ehemäklerlohns gegebenen Wechsels den weiter begebenen Wechsel nicht freiwillig eingelöst, sondern ist er von dem gutgläubigen Indossatar unter Verwerfung seiner Einrede mit Erfolg auf Zahlung belangt, so kann er von dem Mäkler, welcher um den aus der Weiterbegebung des Wechsels erlangten Betrag auf Kosten des ihm durch die Hingabe des Akzepts nicht verpflichteten Akzeptanten bereichert ist, Herausgabe der Valuta nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung verlangen.

b) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 195: Weiß der Vermittler, daß der gegenwärtige Pächter ein Pachtgut nur an einen künftigen Schwiegersohn abgeben will, macht er den Versprechenden deshalb mit des Pächters Tochter bekannt und kommen demzufolge nachher sowohl Verlobung und Heirat als auch die Übernahme des Gutes zustande, so ist die versprochene Provision verdient und klagbar. Denn in solchem Falle geht die Absicht der beiden Vertragsteile wesentlich auf die Verschaffung des Pachtguts. Verschafft der Mäkler außer dem Pachtgut auch noch eine Frau, so fällt deshalb der Vertrag nicht unter § 656. Vielmehr könnte man ein solches Versprechen höchstens als unsittlich betrachten (§§ 138, 139), sofern die Ehevermittlung auch mit einer bestimmten Person stets als unsittlich zu betrachten wäre. Dies ist aber nicht anzunehmen.

Neunter Titel.
Auslobung.

Vorbemerkung: Die Auslobung hat diesmal eine zusammenhängende literarische Würdigung nicht erfahren; nur Lotmar hat sie in anderen Zusammenhängen gestreift. Einige juristisch anziehende, auch praktisch wichtige Fragen hat Brückmann (§ 657 Note 3—5) behandelt. Die Rechtsprechung hat sich still verhalten. Der aufsehenerregende Fall Dasbach-Hoensbroech gehört schon der nächsten Berichtsperiode an.

§ 657. 1. Lotmar, Arbeitsvertrag 33: Als zweiseitiger Vertrag umfaßt der Arbeitsvertrag die Auslobung nicht. Sie ist eine einseitige Verfügung, nicht Vereinbarung von Arbeit und Entgelt.

2. Hellmann, KrVSchr. **44** 56 nimmt gegen Endemann und Leonhard an, daß die Auslobung keine empfangsbedürftige Willenserklärung ist.

3. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 13 Anm. 3: Auch für Institute wie die Auslobung ist das Problem des Obligationsinteresses bedeutsam; es ist in den Fällen des einseitigen Versprechens praktisch sogar am wichtigsten

und bedeutsamer als bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, weil hier dem freien Willen der weiteste, unbegrenzte Spielraum gelassen ist. Vgl. auch oben zu § 241 Note 2.

4. Brückmann, DJZ. **03** 473 erörtert die Auslobungen der Polizeibehörden in Kriminalsachen: In der Regel wird der Preis auf die „Ermittelung" des Täters, auf seine „Ergreifung", auf die „Herbeischaffung" der gestohlenen Sachen usw. gesetzt. Viele Schriftsteller legen bei diesen Tatbeständen sofort den § 660 zugrunde. Hiernach hat es den Anschein, als ob sich einer allein überhaupt nicht derartige Belohnungen verdienen könne, da weder die StrPO. noch das BGB. einem Privatmanne die Möglichkeit gewähren, den Täter oder die Sachen festzunehmen. Gleichwohl gebührt trotz des Wortlauts demjenigen die ganze Belohnung, der das Verbrechen derartig individualisiert, daß es in zuständiger Weise geahndet werden kann, wenn nicht etwa besondere qualifizierende Umstände (z. B. große Gefahr bei tätlichem Widerstande) die an sich sekundären Ergreifungsmaßregeln zu gleich- oder übergeordneten Auslobungstätigkeiten erwachsen lassen. Gegen Elster nimmt er an, daß auch dann die Belohnung verdient sei, wenn der Verbrecher wieder entsprang, ehe er der Strafanstalt zugeführt wurde, und die Belohnung auf die „Einlieferung" gesetzt war. Denn wenn die Polizei die Belohnung außer an die obige Potestativbedingung noch an die reine Erfolgsbedingung knüpfen wollte, so würden sich nur wenige in größere Unkosten stürzen. Die Ausdrücke Ergreifung, Festnahme, Herbeischaffung, Einlieferung usw. sind alle sehr unzutreffend und schlechter als die häufig von Privatleuten gewählten Wendungen „den oder die Täter so namhaft zu machen, daß sie gerichtlich belangt werden können" u. ähnliche; sie scheinen zuviel zu verlangen. Hat auch der wichtige Belastungszeuge im Hauptverfahren Anspruch auf einen Anteil, wenn die Belohnung auf die „Ermittelung" gesetzt ist? Die Begrenzung liegt hier in dem Machtbereiche der Polizei, die Ermittelungstätigkeiten im Sinne und Rahmen der §§ 159, 161, 168 StrPO. zu entfalten hat. Doch dürfte die Zahlungsverpflichtung auch dann anzuerkennen sein, falls etwa nach Abschluß ihrer Ermittelungen der Täter wirklich ermittelt wird. Soweit aber der Begriff der Ermittelung überhaupt reicht, fallen grade auch die wesentlichen Zeugnisse in den Rahmen der Auslobung hinein, mögen sie nun mittelbar oder unmittelbar auf das Verbrechen hinführen, mag der Zeuge durch Zufall nachträglich auf die Umstände gestoßen sein oder eine den Tatbeständen des § 385 ZPO. analoge Zeugenqualität besitzen.

5. Auslobung vermeintlich „verlorener Sachen". Bedeutung des Irrtums über die Eigenschaft der „verlorenen" Sachen.

Brückmann, A.bürgR. **23** 328 erörtert den Fall, daß ein Hotelgast eine Belohnung für den Finder seiner „verlorenen" kostbaren Busennadel auslobt, die aber, wie sich nachträglich herausstellt, gar nicht im Sinne der herrschenden Ansicht „verloren" war, weil sie sich im Besitze des Hotelwirts befand. Ist er zur Anfechtung wegen Irrtums nach §§ 119, 121 berechtigt, weil er für eine nicht verlorene Sache Finderlohn versprochen hat? Brückmann verneint die Frage. Eine verständige Auslegung im Sinne von Schneider, Treu und Glauben § 13 zeige schon, daß dem Auslobenden die Wiedererlangung der von ihm für verloren gehaltenen Nadel der Erfolg war, den er herbeigeführt sehen wollte. S. auch u. zu §§ 965 ff.

Über die von Schloßmann in seiner Arbeit über den § 119 Abs. 2 — s. oben zu § 119 — empfohlenen Mittel und Wege, die Anfechtungen des Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften einzuschränken in ihrem Verhältnisse zur Auslobung und zu dem vorstehend erörterten Falle s. näheres a. a. O. 329 Anm. 14. — S. weiteres unten zu § 683 Note II 3.

§ 658. Tod des Auslobenden oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit wirken nicht wie Widerruf. Leske 273 Anm. 7.

§ 660. S. o. zu § 657 Note 4.

Zehnter Titel.
Auftrag.

Vorbemerkung (zu §§ 662—687): Der Auftrag hat diesmal in der Rechtsprechung eingehende Behandlung erfahren. Sowohl die unteren Gerichte als auch das RG. haben wichtige Beiträge geliefert. Dies läßt die reichhaltige Kasuistik, zumal zum § 662, aber auch die zu anderen Paragraphen — wie z. B. den §§ 664, 667, 676 — erkennen. Besonders bemerkenswert sind die zu § 662 (6 b) vermerkten Entscheidungen, mit denen in das Wesen des Giroverkehrs hineingeleuchtet wird, nicht ohne theoretisches Interesse auch das Urteil zu § 662 Note 6 d, das mit begrifflicher Schärfe und Feinheit die Grenze zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit festzuhalten weiß. Zu hoffen ist, daß die Rechtsprechung bald Gelegenheit finden möge, sich zu dem vom RG. im vorigen Jahre so eigenartig entschiedenen Falle der Haftung aus § 676 unter Annahme eines stillschweigenden Vertragsschlusses (§ 676 Note 2) eingehender zu äußern. — Manche Probleme freilich hat einstweilen noch die Rechtslehre vorwiegend in Behandlung genommen. So vor allem das im § 670 wurzelnde der Haftung für zufällige Schäden, die der Mandatar bei Ausführung des Mandats erleidet. Diese im gemeinen Rechte viel behandelte Streitfrage hat nach langer Pause jetzt wieder durch Brückmann eine eingehende Behandlung in seiner Monographie über neg. gestio erfahren. Er gelangt im Gegensatze zur herrschenden Ansicht zu einer prinzipiellen Bejahung unter dem Gesichtspunkte der „Aufwendungen" und richtet innerhalb dieses Kreises Grenzen und Schranken auf. Entscheidungen sind zu dieser wichtigen Frage noch nicht ergangen, ebenso nicht zu der praktisch ebenfalls sehr erheblichen, ob Vergütung für berufliche Tätigkeit als Aufwendung liquidiert werden kann. Die meisten bejahen diese Frage — gegen Lotmar — wohl mit Recht. Auch der „Geschäftsbesorgungsbegriff" aus § 675, eine crux des BGB., hat wieder reichliche Erörterung erfahren. Ob ihr je eine Lösung, die alle überzeugen wird, zuteil werden wird, scheint mehr als zweifelhaft. Die Praxis allerdings wird von den theoretischen Sorgen des § 675 nicht sehr behelligt. Sie kommt mit Entscheidungen von Fall zu Fall sehr gut aus. — Eingehende literarische Erörterung hat schließlich auch noch der § 676 durch Brückner und Sontag gefunden. — Halten sich im Auftrags-Titel Literatur und Judikatur etwa die Wage, so tritt im folgenden die Rechtsprechung durchaus hinter die Theorie zurück. Brückmanns Monographie erörtert außer den Rechten des Gestors auch den Begriff der G. o. A. Wie aus dem Material zu § 677 ersichtlich, ergeben sich aus den begrifflichen Erörterungen zahlreiche theoretisch interessante Grenzfragen, die selber wohl monographische Betrachtung verdienen würden. Das meiste, wie die Begriffe „Interesse", „wirklicher", „mutmaßlicher Wille" und anderes, was zu § 677 u. § 683 erörtert ist, ist natürlich auch für die Rechte des Geschäftsherrn (§ 678) zu verwenden. — Einen interessanten Versuch hat Rosenberg im „Gerichtssaal" gemacht (s. zu § 683 Note II 2); er versucht, die bisher ungelöste strafrechtliche Frage der Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe, die er ohne Auftrag und Einwilligung an Kranken vornimmt, aus dem Gesichtspunkte der neg. gestio zu rechtfertigen. So interessant der Versuch erscheint, so dürfte er sich doch wohl als mißlungen herausstellen. Eine eingehende Widerlegung von Brückmann ist bereits in der ZStW. (1904) veröffentlicht, die jedoch der nächsten Periode angehört. — Außer den genannten finden sich auch sonst noch zahlreiche interessante Einzelfragen, z. B. die aus § 679 (Selbstmordversuch und Rettung), die von Flügge erörterten aus dem Gebiet des ärztlichen Privatrechts (§ 683 zu II, 1) u. a. m.

Literatur: Bernau, s. o. zum 6. Titel. — Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftraglosen Geschäftsbesorgung. Jena 1903. — Eck-Leonhard, s. o. zum 4. Titel. — Flügge, s. o.

zum 6. Titel. — Lotmar, s. o. zu §§ 611 ff., 631 ff. — Zitelmann, s. o. zum 6. Titel. — S. ferner u. zu § 676. —

§ 662. 1. Über den Begriff „Geschäftsbesorgung" vgl. u. zu § 675 Note 1 und zu § 677 Note 1a unter I. S. auch JDR. **1** zu § 662 Note 1, 2.

2. Über den Zusammenhang zwischen Auftrag und auftragloser Geschäftsführung und die damit verbundenen Streitfragen s. u. zu § 677 Note 1c unter I.

3. Über das Verhältnis des Auftrags zum Begriffe des Arbeitsvertrags s. o. das zusammenhängende Referat aus Lotmars Arbeitsvertrag vor § 611.

4. a) Lotmar 128: Die Vereinbarung von Arbeit ohne Vereinbarung von Entgelt braucht weder Schenkung noch Auftrag zu sein. Sie kann kein Auftrag sein, falls die vereinbarte Arbeit nicht in der Besorgung eines Geschäfts besteht. Der Auftragsvertrag erfordert eine besonders beschaffene Arbeit.

b) Über den Unterschied zwischen Vollmacht und Auftrag s. OLG. **7** 4 ff. (KG.). Ein vertragsmäßiges Auftragsverhältnis zwischen den Ministern und dem Regierungspräsidenten, der ermächtigt war, einer Gemeinde ein Grundstück zu überlassen und aufzulassen, ist verneint worden, in derselben Weise die Beziehungen zwischen den weiter delegierenden Behörden: Landrat, Kreisausschußsekretär. Vgl. auch u. zu § 664 Note 2.

5. Bezüglich der verschiedenen Vertragsmöglichkeiten bei dem Verhältnisse der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zu dieser s. die Arbeiten von Bernau u. Zitelmann — oben zu §§ 611 Note 6, 626 Note 1b, 627 Note 5, 628 Note 4, unten zu §§ 671 Note 2, 675 Note 1b usw.

a) Zitelmann macht (45) auf den Art. 171 EG. z. BGB. aufmerksam und weist auf den Unterschied hinsichtlich der Kündigungsfristen bei Dienstvertrag und Mandatsverhältnis hin. Nur das sächsische Recht läßt den Vertrag zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und der AG. unter Umständen als Dienstverhältnis gelten.

b) Nach BGB. (Zitelmann 47 ff.) fällt der Pflichtenkreis des Aufsichtsratsmitglieds unter den Begriff der „Geschäftsbesorgungen". Es können — s. oben zu § 612 Note 1 — die Bestimmungen des Dienstvertrags gemäß § 675 zur Anwendung kommen (51).

55 ff. nimmt er Stellung gegen eine Reihe von Schriftstellern, die ohne Rücksicht auf den Charakter des Vertrags die einseitige Befugnis zur Amtsniederlegung begründen wollen (v. Völderndorff, Ring, Petersen, v. Pechmann, Esser, Cosack u. a.) oder sie leugnen (Molle, Hagen). Es muß die individuelle Natur des Vertrags entscheiden.

Bernau 268: Im Falle vorzeitiger Amtsniederlegung stehen dem Aufsichtsratsmitgliede Erfüllungsansprüche regelmäßig nicht zu, wenn das Vertragsverhältnis zwischen ihm und der AG. ein Auftrag ist — s. oben zu § 611 Note 6b. — Anders oben zu § 628 Note 4.

Auch Schadensersatzansprüche erwachsen dem Mitgliede regelmäßig nicht wegen der Unentgeltlichkeit (274). Anders, wenn Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung vorliegt. S. § 628 Abs. 2, auch unten zu § 671 Note 2a.

6. Einzelne Fälle, insbes. aus der Rechtsprechung.

a) Der Stallwirt haftet dem Eigentümer des eingestellten Viehs für den demselben zugefügten Schaden als bloßer Beauftragter, wenn die Obhut über die Tiere nicht, jedoch als Verwahrer (§ 688), wenn letztere übernommen wird, während bei gleichzeitiger Beherbergung des Viehhalters und der Tiere die weitergehende Haftung aus § 701 eintritt. B. Hilse, Illustr. Landw.Ztg. **25** 688.

b) OLG. **6** 80 (KG.): Wenn auch die Girobank Beauftragte des Girokunden ist, so sind gleichwohl die Bestimmungen des BGB. über den Auftrag nur insoweit anzuwenden, als sie mit dem Wesen des Giroverkehrs vereinbar sind. Jene Bestimmungen sind nicht zwingendes Recht; durch Abschluß des

Girovertrags mit der Bank unterwirft sich der Girokunde den durch das Wesen des Giroverkehrs gebotenen Abweichungen. — A. a. O. 76: Der Girokunde steht zur Girobank in einem zweifachen Auftragsverhältnisse; die Bank ist beauftragt, die für ihn eingehenden Zahlungen entgegenzunehmen und für ihn Auszahlungen zu leisten. Die Zahlung eines Girokunden an einen anderen vollzieht sich in der Weise, daß die Bank im gleichzeitigen Auftrage des Zahlers wie des Empfängers ihre Schuld an den ersteren um den zu zahlenden Betrag vermindert und ihre Schuld an den letzteren um den gleichen Betrag vermehrt. Dieser Auftrag ist ausgeführt in dem Augenblick, in welchem die Zuschreibung erfolgt.

Bestätigt vom **RG. 54** 329 ff., wo ausgeführt wird: Im Wesen des Giroverkehrs ist es begründet, daß die Einkassierungen und Zahlungsaufträge, zu deren Vollziehung die Girobank auf Grund des Giroeröffnungsvertrags verpflichtet ist, nach dem ausgesprochenen Willen der Beteiligten und nach der von den Girokunden ein für allemal erteilten Ermächtigung von der Bank vollzogen werden durch Umbuchungen in den Büchern der Bank, durch Abschreibung und Gutschrift auf dem Konto des Girokunden, derart, daß in der Umbuchung auf dem Konto der Beteiligten sich die Leistung der Bank erschöpft, daß kraft der Abschreibung der Girozahler um so viel weniger von der Bank zu fordern, und kraft der Gutschrift der Zahlungsempfänger um so viel mehr von der Bank zu beanspruchen hat. Es ist somit durch den Willen der Beteiligten die Umbuchung in den Büchern der Bank für sich allein schon, sowohl der Bank als den Girokunden gegenüber, rechtsbegründende Wirkung beigelegt, ohne daß es irgendeiner Mitteilung an die Beteiligten bedarf. Die Bank hat für rasche und zuverlässige Abwickelung des gesamten Giroverkehrs nach § 347 HGB. einzustehen. Über die Grenzen des Zahlungsgeschäfts hinaus die Interessen ihrer Kunden wahrzunehmen, ist sie aber auf Grund des Girovertrags nicht verpflichtet, insbesondere nicht, Erwägungen über die Zweckmäßigkeit einer ihr angesonnenen Zahlung, Übertragung oder Überweisung anzustellen. Der Grund, welcher ihre Kunden bestimmt, ihre Tätigkeit zur Vermittelung des Zahlungsgeschäfts in Anspruch zu nehmen, geht sie gar nichts an. Jede Prüfung der Zweckmäßigkeit bleibt — der Doppelstellung entsprechend, die die Bank in jedem einzelnen Falle der Umschreibung gegenüber dem Girozahler einerseits und dem Zahlungsempfänger andererseits einnimmt, — ausgeschlossen. Sie ist Kassenhalterin, aber nicht Ratgeberin ihrer Kunden. Die §§ 665, 666 BGB. kommen nicht in Betracht.

c) OLG. **6** 87—88 (Dresden): Durch die bei einer (zwischen einer Mandantin und einem Anwalt stattfindenden) Unterredung gewechselten Worte „Sie besorgen das dann, nicht wahr? Wir verstehen von Grundbuchsachen nichts" (es handelte sich um eine in Aussicht genommene Hypothekenabtretung und Einsichtnahme ins Grundbuch) und die Antwort des Anwalts „Verlassen Sie sich darauf, ich werde die Sache schon besorgen" kommt ein Auftrag gültig zustande.

d) OLG. **6** 453 (KG.): Die Bitte, unentgeltlich für den Fall des Zustandekommens eines Akkordes selbstschuldnerische Bürgschaft für die Akkordforderungen zu übernehmen, begründet, falls daraufhin der Gebetene die Bürgschaft übernimmt, ein Auftragsverhältnis nach § 662, wie es im § 775 vorgesehen ist. Der Umstand, daß gemäß § 774 die Forderung der Gläubiger auf den Bürgen übergeht, soweit dieser die Befriedigung herbeigeführt hat, nimmt dem Rechtsgeschäfte nicht die Eigenschaft der Unentgeltlichkeit, denn dieser Übergang der Forderung beruht nicht auf einer Leistung der Schuldnerin und bildet demzufolge keine Gegenleistung für das Versprechen der Bürgschaftsübernahme.

e) BayrObLG., R. **03** 576 Nr. 2920: Die Einigung, daß der Schuldner die einem Dritten gegen seinen Gläubiger zustehende Hypothekenforderung um

einen bestimmten Preis erwerben, die Hypothek löschen und den Erwerbspreis an seiner Schuld abrechnen lassen soll, enthält die Erteilung und Annahme eines Auftrags und bedarf keiner besonderen Form.

§ 663. 1. Lotmar 33 Anm. 2: Durch § 663 wird den dort genannten Personen gesetzlich eine Arbeit auferlegt.

2. Eck 533: Der indirekte Kontrahierungszwang des § 663 fällt um so mehr auf, als der Auftrag unentgeltlich ist. Der Paragraph rührt aus einer Zeit her, als der Auftrag noch gegen Entgelt zulässig war, und ist nachher nicht gestrichen worden, — hauptsächlich, wie Leonhard Anm. 3 meint, — wegen § 675: Fehlt der Bekanntmachung in erkennbarer Weise der animus obligandi, so kann von einem Kontrahierungszwange nicht die Rede sein.

Die Schollmeyersche Ansicht, wonach antworten muß, wer sich zur entgeltlichen Besorgung erboten hat, aber zur unentgeltlichen aufgefordert wird, hält er — 534 — für dem Wortlaut entsprechend, möchte aber den § 663 einschränkend auslegen.

3. Das Erbieten zur Geschäftsbesorgung ist nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern unmaßgebliche Willensäußerung. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 178/179, gegen Planck.

4. Eck 513: a) § 663 gilt auch für Ärzte, Zähnärzte, Lehrer, Schreiber und Bankiers, die sich zur Vermittelung des Kaufes von Papieren erbieten, — nicht aber für Gesindevermieter (Leonhard).

b) 518: Auch beim Werkvertrag ist, sofern er eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, durch die §§ 675, 633 indirekt ein Kontrahierungszwang statuiert. Hier noch wichtiger als beim Dienstvertrage wegen der nahen Angrenzung an den Kauf. Ein Kaufmann also, der sich öffentlich zur Reparatur der Kleider erbietet, muß event. nach § 663 handeln.

5. „Verpflichtung" nicht zur Anzeige, sondern nur zur Ersatzleistung wegen unterlassener Anzeige. Siber, Rechtszwang 38 ff.

§ 664. 1. Simon, Goldschmidts Z. **50** 11 ff.: Würde § 27 Abs. 3 und damit gemäß §§ 664—670, 675 auch der § 664 auf den Vorstand der Aktiengesellschaft zur Anwendung kommen, so würde dieser im Zweifel nicht Beauftragte ernennen dürfen und gemäß § 278 für das Verschulden beauftragter Personen haften. Dieses Ergebnis kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen. Deshalb gilt § 27 Abs. 3 für Aktiengesellschaften nicht.

2. Aus der Rechtsprechung.

OLG. **6** 474 (KG): § 664 kommt da nicht in Anwendung, wo es sich bei Erteilung einer Auflassungsvollmacht nicht um ein vertragsmäßiges Auftragsverhältnis im Sinne des BGB. handelt. Aufträge innerhalb des Behördenorganismus sind nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. (Auflassungsvollmacht des Oberbergamts an die Zentralverwaltung mit Befugnis zur Delegation.) — Ebenso KG., OLG **7** 4 ff. in einem gleichen Falle zwischen den Ministern und dem Regierungspräsidenten und dem von diesem bevollmächtigter Landrat. Vgl. auch o. zu § 662 Note 4 b.

§ 665. 1. Neumann, Prolegomena § 12: Weicht der Beauftragte von den Weisungen des Auftraggebers ab, ohne hierzu gemäß § 665 berechtigt zu sein, so haftet er für allen, auch den zufälligen Schaden, der ohne die Vertragswidrigkeit nicht eingetreten wäre. (Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens.)

2. OLG. Dresden, R. **03** 263: Wer im Auftrag eines anderen einen Wechsel bei einer Bank diskontieren und die Wechselvaluta kurze Zeit aufheben soll, haftet dem Auftraggeber auf Schadensersatz selbst dann, wenn er den Wechsel an eine allgemein als sicher geltende Bank gibt, die Valuta aber nicht erhebt, sondern sich gutschreiben läßt, falls diese Bank in Konkurs fällt. Denn selbst

wenn das eingeschlagene Verfahren dem ihm aufgetragenen völlig gleichwertig wäre, so geht seine Machtbefugnis doch nicht soweit, dem letzteren ohne besondere Veranlassung ein anderes zu substituieren. Vgl. auch u. zu § 691.

§ 667. 1. **RG. 53** 330: Was der Beauftragte einzuziehen, aber noch nicht eingezogen hat, schuldet er bis zur Einziehung weder bedingt noch betagt, da die Einziehung die rechtliche Natur weder der Bedingung, noch der Zeitbestimmung hat, vielmehr der Inhalt des Rechtsgeschäfts selbst ist.

2. Der Rechtsanwalt hat nicht die Verpflichtung, nach Beendigung seiner Tätigkeit und nach Bezahlung seiner Kosten dem Auftraggeber seine Handakten als Ganzes auszuhändigen. Er ist nur verpflichtet, diejenigen Bestandteile der Handakten herauszugeben, welche er vom Auftraggeber als Beweismaterial ꝛc. erhalten hat, um sie bei Ausführung des Auftrags zu benutzen, und ferner diejenigen Bestandteile, welche er als Erfolg seiner Tätigkeit von dritter Seite empfangen hat. Müller, JW. **03** 368ff.

3. Aus der Rechtsprechung.

a) **RG. 54** 76 ff. — s. im übrigen o. zu § 313 Note 8: — Für die Verpflichtung aus § 667 ist es gleichgültig, ob der Beauftragte das Geschäft im eigenen Namen oder sogleich auf den Namen des Geschäftsherrn abschließen sollte und abgeschlossen hat. Die ausdrückliche Verpflichtung eines mit dem Erwerb eines Grundstücks Beauftragten, es an den Auftraggeber aufzulassen, ist ein überflüssiger, keineswegs ein einen selbständigen Verpflichtungsgrund enthaltender Beisatz (78, 79).

b) **RG. 54** 106, JW. **03** Beil. 58: Der Gesellschafter, welcher im eigenen Namen, aber für die Gesellschaft erworben hat, hat das Erworbene der Gesellschaft herauszugeben. Er muß den Gegenstand zum Gesellschaftsvermögen machen; bis dies geschehen ist, ist er Eigentümer, weil er im eigenen Namen gehandelt hat.

c) **RG.** und OLG. Kolmar, JW. **03** Beil. 134: Der Gerichtsvollzieher, der zwangsweise beigetriebenes Geld unterschlägt, haftet dem Gläubiger aus dem Dienstvertrage. Neben den §§ 667, 675 auch deliktische Haftung bei Verletzung eines absoluten Rechtes.

§ 669. Lotmar 86: Die §§ 669, 670 beweisen deutlich, daß die Arbeit im Rechtssinne für ihren Verrichter kein Vermögensaufwand ist. Die „Aufwendungen" können hier nimmermehr die Arbeit des Beauftragten umfassen, da sonst der „Ersatz" solcher Aufwendung die Geschäftsbesorgung begriffswidrig zu einer entgeltlichen machen würde.

§ 670. 1. **RG. 55** 93, JW. **03** Beil. 94: Der leitende Grundsatz geht dahin, daß der Beauftragte Ersatz seiner Aufwendungen erhalten soll, und zwar so, daß er vor Schaden bewahrt bleibt. Welche Rechtsbehelfe ihm deshalb zu Gebote stehen, richtet sich nach der Sachlage. — S. auch u. Note 5.

2. Vergütung für berufliche Tätigkeit. S. JDR. **1** zu § 670 Note 1.

a) Lotmar verneint in seinem Arbeitsvertrag in eingehender Darlegung den Begriff der „Aufwendung" für die berufliche und gewerbliche Arbeit von seiten des Leistenden. Sie bedeutet nach ihm nur eine Vermögenszuwendung auf seiten dessen, dem sie geleistet wird. — S. darüber das zusammenhängende Referat oben, vor § 611.

b) Für die Bejahung tritt Brückmann ein. Er verwirft (182) den Gesichtspunkt, ob der Dienstleistende (Arzt, Rechtsanwalt, Flickschuster) sonst, d. h. wenn er nicht zu der fraglichen Dienstleistung herangezogen worden wäre, etwas verdient haben würde, d. h. ob ihm Gewinn entgangen wäre. Es fragt sich, worauf der Geschäftsbesorgungswille gerichtet war; ob er darauf ging, das üblicherweise entgeltliche Geschäft als solches zu besorgen. In diesem Falle tut

der Gestor nichts anderes als was er sonst tut, er stellt seine Tätigkeit für eine gewisse Zeit in den Dienst eines anderen. Diese Tätigkeit aber ist es, die ihm Existenz und Vermögen schafft; sie ist die Quelle seines Erwerbes. Daß häufig, namentlich im Falle der ärztlichen Hilfe, der Fall des § 685 Abs. 1 gegeben sein werde, ist nicht anzuerkennen. Über die Höhe der zu gewährenden Vergütung vgl. Seuff. A. **46** 186.

Ebenso Flügge 82: Unter „Aufwendungen", die der Arzt beanspruchen kann, sind die verbrauchten Binden, Salben, Medikamente, ferner eventuell bare Auslagen, endlich aber auch die aufgewandte Arbeit dann zu verstehen, wenn sie für den Arzt einen Vermögenswert hat, d. h. der Arzt seinen Beruf zum Erwerb ausübt. Die Höhe des Ersatzanspruchs hängt von der Länge der verwandten Zeit und der Schwierigkeit der in dieser Zeit geleisteten ärztlichen Dienste ab. Die Taxvorschriften geben hier sehr wichtige Anhaltspunkte.

Vgl. ferner Eck 533: Ein Anspruch auf die Vergütung besteht an sich nicht. Anders liegt die Sache, wenn die Tätigkeit in die Erwerbssphäre des Geschäftsführers fällt, z. B. in den Berufskreis des Arztes oder Anwalts. Die Subsumtion der gemeinrechtlichen Praxis unter den Begriff der „Aufwendungen" ist eine etwas gewaltsame Interpretation, die jedoch Leonhard (ebenda) für gerechtfertigt hält, weil der Lohn hier wie ein Äquivalent der dem Herrn ersparten Auslagen erscheint (538).

3. Haftung für zufälligen Schaden. Vgl. JDR. **1** zu § 670 Note 2.

a) Verneinend Eck 535: Anders im Falle der Übernahme eines gewissen Risikos: z. B. wenn jemand den Auftrag erhält, in ein brennendes Haus zu eilen, um einen Kasten mit Wertpapieren zu retten.

b) Bejahend insbes. Brückmann 186ff.; über die Vorgeschichte s. 190ff.; über die herrschende verneinende Ansicht und die Abweichenden s. 193 Anm. 3; über die gemeinrechtliche Entwickelung s. 187ff. — Brückmann führt aus: Aus der Vorgeschichte läßt sich nichts anderes folgern, als daß die beratenden Faktoren eine Regelung der Frage für unnötig hielten, weil der Begriff der „Aufwendungen" nach ihrer Ansicht tauglich ist, den Bedürfnissen des Verkehrs zu entsprechen. Auszugehen ist von folgendem Grundsatze: wenn unter den Begriff der „Aufwendungen" der zufällige Schaden nicht gebracht werden kann, so läßt sich eine Haftung des Mandanten nicht konstruieren, — insbesondere nicht aus allgemeinen Grundsätzen oder etwa aus fingierten stillschweigenden Garantie-Verträgen je nach Billigkeitsbedürfnis (194, 195). Im folgenden (196ff.) wird die Argumentation von Isay und Planck, wonach der Schaden deshalb nicht als Aufwendung gelten könne, weil die Aufwendung eine auf den freien Willen des Aufwendenden zurückzuführende Vermögensverminderung darstelle, der Schaden aber wider seinen Willen eintrete, bekämpft: wer sich als Beauftragter in den Dienst eines anderen stellt, der tut dies mit Einsetzung seiner ganzen Persönlichkeit, um auf dem betreffenden Arbeitsfelde die Zwecke und Ziele zu verwirklichen, die dem Mandat innewohnen. Jede Handlung, die ihn diesen näher bringt, liegt im Rahmen der übernommenen Aufgabe, und es ist nicht charakteristisch für die einzelnen Handlungen und ihnen nichts Eigentümliches, nichts Primäres, daß die eine Kosten verursacht und die andere nicht, wie man ja auch von einer Handlung spricht, die eine Menge Kosten „verursachte", „zur Folge hatte". Es richtet sich somit schon insoweit der Wille des Handelnden keineswegs auf die Kosten und die Vermögensverminderung. Diese Wirkung nimmt er lediglich mit in den Kauf. Dann aber kann auch die weitere Folge, daß sich an eine Handlungsweise unter Umständen Vermögensverminderungen in Gestalt von zufälligen, nicht vorhersehbaren Schäden anknüpfen, begrifflich keinen Unterschied begründen. Auch hier hat der Handelnde das Primäre, die verursachende Aktion, gewollt.

Das BGB. entscheidet mit seiner Formel, daß die Aufwendung „den Umständen nach erforderlich" sein muß, eine große Reihe von Fällen, die im gemeinen Rechte streitig waren (200 ff.), z. B. den Fall, daß der eingetretene Unfall in keinem ursächlichen Zusammenhang und in keiner unmittelbaren Verbindung mit der Erfüllung des Auftrags gestanden hat; daß der Schaden erlitten war durch unrichtige oder hinter dem vorgeschriebenen Umfange zurückbleibende Verrichtung; daß eine ungewöhnliche Ausführungsart gewählt worden war; daß dem Mandatar ein größerer oder kleinerer freier Spielraum gelassen war usw. Nach BGB. gilt: alle zufälligen Schäden, die sich an Handlungen anknüpfen, die der Gerent den Umständen nach nicht für erforderlich hielt oder halten durfte, sind Aufwendungen, für die er keinen Ersatz verlangen kann. Die den zufälligen Schaden nach sich ziehende Handlung selbst — dies ist das erste und grundlegende Erfordernis — muß mindestens durch die Sachlage für den Mandatar geboten oder erlaubt gewesen sein. Nach diesem Maßstab entscheiden sich alle oben erwähnten streitigen Fälle ganz einfach, zumeist im Sinne einer Verneinung der Haftung.

Jedoch ist innerhalb des hiermit umschriebenen Gebiets noch eine Grenze zu suchen (207 ff.), und hier erst beginnen namentlich für die Praxis die Hauptschwierigkeiten des Problems. Das Gesetz, insbesondere der § 831, bietet keinen Anhaltspunkt. Mit den Formeln, daß der Schaden „durch das aufgetragene Geschäft" oder „nur bei Gelegenheit der Ausführung des aufgetragenen Geschäfts", „ex causa mandati" oder „ex occasione mandati", „dans les fonctions" im Gegensatze zu „à l'occasion de l'exercice des fonctions" eingetreten ist, mit dem Abstellen darauf, ob der Mandant den Schaden veranlaßt hat oder nicht (Jhering, Unger, Crome, Nöldeke, Kekulé) und ähnlichen Wendungen ist es nicht getan, da sie alle erst noch selber der Interpretation bedürfen. Auch Dernburgs Formulierung, die unterscheidet, ob die Zufälle sich unmittelbar aus der Ausführung des Auftrags ergeben, oder bloß anknüpfen, reicht nicht aus. Auch der Gesichtspunkt des adäquaten Kausalzusammenhanges (v. Kries, Rümelin) ist hier unbrauchbar (209). Es ist vielmehr bisher immer irrtümlicherweise der zufällige Schaden mit dem Mandat als solchem verglichen worden, indem man darauf abstellte, ob der Schaden dem Auftrage zu imputieren sei (Unger); ob er auf ein inneres, im Auftrage selbst liegendes Moment zurückzuführen sei (Hanau). Dies ist falsch. Die Erforderlichkeit der jeweiligen Ausführungshandlung, die ja die erste Voraussetzung für unsere Frage ist, begründet schon das innere Moment des Auftrags. Es muß vielmehr der Zufall in Beziehung gesetzt werden zu derjenigen Handlung, an welche er sich anknüpft; es kommt darauf an, ob der Zufall auf ein inneres Moment der betreffenden, natürlich zweckdienlichen Ausführungshandlung zurückzuführen ist. Beispiele: ein Unfall, den ein Reisender auf einer Reise durch ein Bahnunglück erleidet, ist zu entschädigen, weil ein derartiger Unfall in der Natur der Eisenbahnfahrten begründet ist und ihrer Eigentümlichkeit entspricht. Fällt einem Mandatar bei der Ausführung des Auftrags, einen Brief in den Kasten zu werfen, ein Ziegelstein auf den Kopf, so hat er auf Ersatz keinen Anspruch, weil es dem Straßenverkehr nichts Eigentümliches ist, daß Passanten durch Ziegelsteine beschädigt werden. Ebenso läßt sich der Unfall auf ein inneres Moment der betreffenden Handlung nicht zurückführen, wenn der Eisenbahnzug nicht verunglückt, sondern etwa von Räubern überfallen wird. (Weitere Beispiele 212). Maßgebend sind also die Realität der Verhältnisse, die Erfahrungen des täglichen Lebens und die allgemeine Beobachtung. Je seltener gemeinhin mit einer Handlung eine Fährlichkeit der in Rede stehenden Art verknüpft ist, desto weiter ist diese von dem inneren Momente der betreffenden Ausführungshandlung entfernt.

Über die Beziehungen der Frage zu dem Begriffe der höheren Gewalt s. 213 Anm. 1.

Über einige Gesichtspunkte, die für das Problem bei der neg. gest. ausscheiden, s. unten zu § 683.

Burckhardt, ZSchwR. **44** 507 ff., — s. oben Literatur auf 113 — will frei nach Brückmann sagen: „Nur sofern zum Zwecke der Ausführung des Mandats vorwurfsfrei als zweckdienlich gehaltene Handlungen von erhöhter Gefährdung vom Mandatar vorgenommen wurden, die den Eintritt eines Schadens begünstigten, ist ihm dessen Ersatz zuzubilligen", und zwar nach richterlichem Ermessen. „Während also gewöhnliche Risiken den Beauftragten treffen, können erhöhte dem Auftraggeber belastet werden, wenn ihre Übernahme bei der gegebenen Sachlage von einem sorgfältigen Mandatar als zum Gelingen des Mandats erforderlich angesehen worden wäre." Bei dieser Sachlage kann am ehesten auch der nicht unerhebliche Umstand berücksichtigt werden, ob der Beauftragte unentgeltlich oder gegen Vergütung tätig wurde (509).

Für die Bejahung auch Neumann, s. oben zu § 665 Note 1.

4. Büreauaufwand des Rechtsanwalts.

OLG. Dresden, JW. **03** 68, NaumbAK. **03** 29 ff., BreslAKZ. **16** 13 ff.: Die Aufwendung muß um des konkreten Auftrags willen bewirkt worden sein. Diejenigen Aufwendungen also, die dem Geschäftsbetrieb im allgemeinen dienen, die nur zur Ermöglichung oder Förderung oder Erleichterung des gesamten Geschäftsbetriebs vorgenommen worden sind, kommen als Auslagen im Sinne der GO. für Rechtsanwälte nicht in Frage. Der allgemeine Büreauaufwand des Rechtsanwalts scheidet aus dem Auslagenbegriffe der GO. aus. Doch sind die Anschauungen über diesen Büreauaufwand dem Wechsel der Verhältnisse unterworfen. Eine Telephoneinrichtung gehört heute zur ordnungsmäßigen oder wenigstens üblichen Ausstattung einer Anwaltsexpedition. (Aus diesen und anderen Gründen — s. dieselbe a. a. O. — ist die Liquidation eines Anwalts, der für telephonische Mitteilungen an seinen Klienten je 15 Pf. beanspruchte, für unberechtigt erklärt worden.)

5. **RG. 55** 86 ff., insbes. 92 ff., JW. **03** Beil. 94 (s. o. Note 1) über den Inhalt des vom Rückversicherer zur Masse (im Falle des Konkurses) zu leistenden Schadensersatzes.

§ 671. 1. Widerruf und Kündigung.

Thiele, A.zivPr. **89** 88 ff.: Der Widerruf hat eine allgemeinere Bedeutung als die Kündigung. Er setzt nicht allgemein ein bestehendes Vertragsverhältnis voraus. Widerrufen kann jede einseitige Willenserklärung werden. Das Widerrufsrecht liegt immanent in dem Wesen des Geschäfts, welches das Recht gewährt; das Recht der Kündigung hat einen mehr positiven Charakter. Der Widerruf beseitigt eine Gebundenheit, aus welcher der andere Teil nur das Recht herleiten kann, daß die Gegenpartei bis zum Widerrufe gebunden ist. Die Kündigung schneidet tiefer in die Rechtsbeziehungen der Parteien — auch für die Zukunft — ein; sie muß bestimmt und unbedingt, der Widerruf kann auch in bedingter Form erklärt werden. — Zwischen Kündigung und Widerruf einerseits und Rücktritt und Anfechtung andererseits besteht der hauptsächlichste Unterschied darin, daß diese letzteren die Rechtsbeziehungen für die Vergangenheit lösen, die ersteren sie bestehen lassen. —

161 ff.: Erfolgt in den Fällen der §§ 627, 671, 723 die Kündigung zur Unzeit, so ist sie an sich nicht unwirksam; doch muß der Kündigende den Schaden ersetzen. — Eine zu früh erfolgte Kündigung schadet in der Regel nicht.

Die verspätete Kündigung ist von Fall zu Fall zu beurteilen.

2. Besonderes über die Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft.

a) Bernau 259: Über die Frage, wann das Verhältnis zwischen Aufsichtsratsmitglied und Aktiengesellschaft dem Auftrag unterfällt, s. o. zu § 627 Note 5, auch zu § 626 Note 1 b. — Auch Abs. 1 und 3 des § 671 enthalten Voraussetzungen für eine wirksame Niederlegung des Amtes vor Ablauf der Wahlperiode; Abs. 2 regelt lediglich die Folgen der unzeitigen Niederlegung.

Über die wichtigen Gründe s. o. zu § 626 Note 6 b β zu γγ.

Abgesehen von dem Falle des Abs. 3 kann die Kündigung jederzeit aus beliebigen Gründen und grundlos erfolgen.

b) Zitelmann 62: § 671 Abs. 2 findet auf die Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern einer A.-G. Anwendung.

Über unzeitige Niederlegung s. auch oben §§ 626, 627.

Über das Verhältnis des § 671 Abs. 3 zu §§ 626, 627 s. o. zu § 626.

67 ff.: Die Kündigung, — mit oder ohne Fristablauf, — mag sie zulässig oder unzulässig sein, oder mag auf sie verzichtet sein, führt, wenn ein Auftragsverhältnis vorliegt, dessen Beendigung herbei. Ebenso Oertmann zu § 671, Kipp-Windscheid II 573.

Anders wenn Dienstvertrag vorliegt — s. o. zu § 626 Note 1 b.

c) Bernau 271 ff. Abs. 2 gilt für alle 3 Vertragsformen zwischen Aufsichtsratsmitglied und A.-G., — s. o. zu § 611 Note 6 b.

Erfolgt die Kündigung unzeitig, so ist zu unterscheiden, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht, und zwar ein wichtiger Grund für die unzeitige, nicht nur die vorzeitige Amtsniederlegung.

Als solche Gründe — s. auch oben zu §§ 626 Note 6 b β zu γγ, 627 Note 5, 628 Note 4 — kommen in Betracht: die Entziehung der für die Übernahme des Amtes erteilten Genehmigung bei Reichs- oder Staatsbeamten, die Einziehung zur militärischen Dienstleistung im Kriegsfalle, die Ausweisung aus dem Bundes- oder Staatsgebiete.

Fehlt es an solchem Grunde, so entstehen Schadensersatzansprüche für die A.-G. nach §§ 249 ff. (273).

Für die Frage, inwieweit das Aufsichtsratsmitglied Schadensersatz verlangen kann, ist zu scheiden, ob Auftrag oder Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung vorliegt — s. o. zu § 611 Note 6 b und § 662 Note 5.

§ 672. Satz 1. „Im Zweifel" ist nicht gleichbedeutend mit dem Konditionalsatz im § 153 („es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist"). Es muß aus dem Inhalte des Mandats hervorgehen, daß das zu besorgende Geschäft ausschließlich dem Interesse des Erblassers bzw. dem als geschäftsfähig gedachten Mandanten dient. Breit, Geschäftsfähigkeit 320.

§ 673. 1. Dem Eintritte der Geschäftsunfähigkeit des Mandatars muß man dieselbe Wirkung zuschreiben wie seinem Tode. Breit, Geschäftsfähigkeit 321 ff.

2. Das objektive reale Rechtsverhältnis erklärt der Gesetzgeber oft für unvererblich, während er die daraus hervorgegangenen Ansprüche auf die Erben übergehen läßt; vgl. §§ 673 und 736 BGB. Affolter, Buschs Z. 31 469, 470 und System des deutschen bürg. Übergangsrechts 154, 155.

§ 675. 1. Begriff der Geschäftsbesorgung. Vgl. IDR. **1** zu § 675 Note 1.

a) Über Lotmar 274 ff. s. das zusammenhängende Referat vor § 611.

b) Bernau 229 ff. handelt eingehend über den Begriff der „Geschäftsbesorgung"; er tritt derjenigen Ansicht bei, nach der „Dienstleistung" und „Geschäftsbesorgung" begrifflich zu trennen ist. Die Unterscheidung zwischen

Dienstleistung im allgemeinen und Geschäftsbesorgung im b[illegible]eren entspricht auch dem Sprachgebrauche. Der Angestellte, der in einem Bankhause einen Mantel hält, leistet einen Dienst; überwacht er für jemanden den Kurs und die Auslosung der Wertpapiere, besorgt er ein Geschäft. Beides sind tatsächliche Handlungen; aber bei der ersten kommt keine Art wirtschaftlicher Betätigung, sondern lediglich die Befriedigung eines Bequemlichkeitsbedürfnisses, hier die Erzielung eines wirtschaftlichen Erfolges in Frage. Bernau führt weiter aus: ferner deutet das Wort „Besorgung" auf eine selbständige und nicht eine mechanische Tätigkeit hin. — Ferner wird das Geschäft für einen anderen, an Stelle eines anderen besorgt: es kommen also hauptsächlich Handlungen in Frage, die der Geschäftsherr regelmäßig selbst vornimmt oder die grundsätzlich in den Bereich seiner Betätigung fallen. Dagegen werden Dienste im engeren Sinne nicht an Stelle eines anderen, sondern an einen anderen geleistet. — Hiernach ist unter Geschäftsbesorgung im Gegensatze zu dem allgemeinen Begriffe der Dienstleistung und dem der Dienstleistung im engeren Sinne *jede auf einen wirtschaftlichen Erfolg gerichtete selbständige, nicht rein mechanische Betätigung an Stelle eines anderen zu verstehen.* Dies gilt für § 662 wie für § 675: *Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung ist demnach identisch mit entgeltlichem Auftrage;* Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung und Auftrag unterscheiden sich durch Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit. *Nach alledem fällt deshalb die Tätigkeit des Aufsichtsrats unter den Begriff der Geschäftsbesorgung.* — 230 u. 233 Anm. 2 Übersicht über die Literatur.

c) Eck 513: Unter Geschäftsbesorgung ist hier nur die von Rechtsgeschäften zu verstehen. Leonhard Anm. 1 meint, „Geschäfte" sind solche Arbeiten, bei denen man wenigstens im gewöhnlichen, nicht juristischen Sinne von „Aufträgen zur Geschäftsausführung" oder „Weisungen" des Arbeitgebers redenkann (§ 665).

d) Leonhard, KrVSchr. **44** 411 — s. auch u. zu § 677 Note I 2 — hält mit Isay eine Einschränkung des Geschäftsbegriffes für den § 765 in dem Sinne für notwendig, daß nur die das Vermögen rechtlich berührende Tätigkeit darunter zu verstehen sei. Gegen Isay Näheres a. a. O.

e) Hellmann, KrVSchr. **44** 125 findet einen festen Anhalt allein in der Bedeutung des Wortes nach den Regeln der Sprache. Danach ist Geschäftsbesorgung die Vornahme von Rechtsgeschäften und außerdem die von Handlungen, die dem dominus negotii die sonst erforderliche eigene Arbeit abnehmen. Die Dienstleistung des Lehrers, Geistlichen, Arztes, Künstlers ist gerade *keine* Geschäftsbesorgung.

➾ Das Abstellen auf den Sprachgebrauch, das sich insbes. bei Lotmar, Bernau und Hellmann findet, versagt wohl hier: auch der die Kurse Überwachende leistet dem Auftraggeber einen Dienst; der Ausdruck „ein Geschäft für jemanden besorgen" wurzelt kaum irgendwo im Sprachgebrauche, gehört überwiegend der *Gesetzessprache* an; dann aber entbehrt das Argument mit dem Sprachgebrauche der Beweiskraft, da dieser vornehmlich *nur* die „Dienstleistungen" kennt. — Red. ⇽

f) Brückmann, 22 ff., wendet sich gegen die Ausführungen Hachenburgs, Scherers, Plancks, Isays, Cosacks, Riezlers, Heinsheimers, Siméons, Matthiaß' und Oertmanns. Wesentlich für die Auslegung sei, daß das BGB. den Begriff „Geschäfte" gleichmäßig in §§ 662, 675 und 677 verwende. Daraus ergebe sich eine möglichst weite, ausdehnende Interpretation; an dem Worte „Geschäfte" könne nichts liegen; was zum Inhalte von Verträgen gemacht werden könne, könne auch Bestand einer neg. gest. bilden; der Ausdruck bezeichne lediglich die Zugehörigkeit bestimmter Angelegenheiten zu der Interessensphäre des Geschäftsherrn. — Er schließt sich Hellwigs Begriffsbestimmung an, der im

Gegensatze zu allen übrigen die Unterscheidungskriterien nicht in dem Begriffe „Geschäfte“, der nicht zerspalten werden dürfe, sondern in dem Begriffe der „Besorgung“ finde. Bei der G. o. A. biete der Begriff der Geschäftsbesorgung im Sinne Hellwigs keinerlei Schwierigkeiten, weil jedes auftraglose Tätigwerden in fremden Angelegenheiten bereits auf ein bestimmtes Ziel gerichtet sei. Es sei keine Übernahme der Besorgung eines fremden Geschäfts o. A. denkbar, in der nicht bereits ein Hinarbeiten und Tätigwerden auf ein bestimmtes Ziel zutage trete (27).

g) Geschäftsbesorgung ist jede Entfaltung physischer oder geistiger Tätigkeit zum Zwecke der Erreichung eines bestimmten schutzwürdigen Erfolges. Breit, Geschäftsfähigkeit 319.

h) Neumann, Holdheims MSchr. **12** 32 erklärt sich — anläßlich einer Besprechung des Kommentars von Düringer-Hachenburg — gegen Hellwig, Cosack, Staub und die beiden Verfasser. Er hält seine Auffassung — Handausgabe, Vorbem. zu §§ 662 ff. — aufrecht: Die Geschäftsbesorgung hat zum Inhalte die Sorge, daß das für das Interesse des Geschäftsherrn Erforderliche geschehe, das Schädliche unterbleibe; die Betätigung dieser Sorge ist die Geschäftsführung (§ 677). Geschäftsbesorgung für einen anderen liegt in den Fällen vor, in welchen die Sorge für das Interesse einer Person an ihrer Stelle von einem anderen ausgeübt wird oder (nach der Auffassung des Verkehrs) ausgeübt zu werden pflegt. Diese Sorge kann sich in rein tatsächlichen Leistungen oder in Rechtshandlungen oder in der Vornahme von Rechtsgeschäften betätigen. Nicht der zufällige Inhalt der aufzuwendenden Tätigkeit, sondern die rechtliche Funktion, welche ihr im Verhältnisse zu den beteiligten Personen zukommt, ist entscheidend.

i) Sigel: Dienstverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, sind nur solche Dienstverträge, durch deren Abschluß der Dienstverpflichtete sich nicht in wirtschaftliche Abhängigkeit zum Dienstberechtigten stellt. Der gewerbliche Arbeitsvertrag fällt also nie unter § 675; denn sein charakteristisches Merkmal ist die soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeiters vom Arbeitgeber, die ausschließliche, nicht bloß auf die Besorgung einzelner Geschäfte gerichtete Tätigkeit des Arbeiters im Gewerbebetriebe des Arbeitgebers.

2. LG. Altona, SchleswHolstAnz. **67** 249: Die Tätigkeit eines Rechtsanwalts, der die Führung eines Prozesses übernimmt, ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

Über Lotmar 316 f. oben das zusammenhängende Referat vor § 611. Vgl. über den Vertrag mit dem Notar oben zu § 611 Note 6c.

3. Lotmar 142: Die Anwendung des § 669 ist im § 675 schlechthin, somit auch für den Fall vorgeschrieben, daß die Vergütung den Auslagenersatz einbegreift. — So auch Staub, Komm. zum HGB. § 59 Anm. 27. A. M. Planck zu § 675 Nr. 3.

4. KGBl. **14** 18 (KG.): Die siegreiche Partei hat keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten mehrerer Rechtsanwälte, wenn der Wechsel in der Vertretung durch Verschulden des früheren Prozeßbevollmächtigten herbeigeführt ist. Das ergab sich für Preußen früher aus ALR. §§ 411, 166, 167 I. 5 (JW. **98** 390 Nr. 19) und nach BGB. aus §§ 675, 627, 628, 325 und 323, da die Kläger zur Beschaffung der noch fehlenden, von dem schuldhaften Rechtsanwalte übernommenen Leistungen mindestens ebensoviel an Gebühren haben aufwenden müssen, als er von ihnen zu fordern befugt gewesen wäre und dem Rechtsanwalte die Vollendung der übernommenen Dienste höherer Art und der übernommenen Geschäftsführung lediglich infolge seinerseits allein zu vertretender Umstände unmöglich geworden ist; es hatten also die Kläger insoweit dem Rechtsanwalte

nicht Gebühren zu entrichten und, soweit etwa Vorschuß bestellt war, einen Rückforderungsanspruch.

§ 676. Literatur: Brückner, Die rechtliche Stellung und Haftverbindlichkeit der kaufmännischen Auskunftsbureaus (Auskunfteien), R. **03** 245 ff., 273 ff. — Sontag, Die Haftung für Auskunftserteilung nach dem BGB., Holdheims MSchr. **12** 141 ff.

1. Haftung für Auskunfterteilung. Grundlegung. Vgl. JDR. **1** zu § 676.

I. Sontag führt aus: Es ist zu scheiden zwischen der Auskunft, welche ohne Bestehen eines Vertragsverhältnisses, und der, welche auf Grund eines Vertragsverhältnisses erteilt wird.

a) Erstere ist in der Regel die geschäftsfreundliche Auskunft, wie sie von Kaufmann zu Kaufmann, und zwar meist unentgeltlich, gegeben wird. Die Haftung für diese regelt § 676. — Der Auskunfterteiler haftet hier nur für dolus und nicht für culpa, auch nicht für culpa lata. Eine „wider besseres Wissen" erteilte Auskunft liegt nicht bloß vor, wenn der Auskunftgeber etwas sagt, was er für unrichtig hält, sondern auch dann, wenn er etwas mitteilt, was richtig oder unrichtig sein kann, von dessen Richtigkeit er aber nicht positiv die Überzeugung hat. Es ist nicht nötig, daß er gerade die Überzeugung von der Unrichtigkeit hat. S. auch **RG.** Gruchots Beitr. **47** 105 ff. und u. Note 3.

Verschweigen einer Tatsache ist Arglist, wenn der Auskunfterteiler sich nicht darüber täuschen kann, daß die von ihm verschwiegene Tatsache für den Entschluß eines verständigen Menschen, sich auf ein Geschäft einzulassen, von Einfluß ist.

Wird die Anfrage an die Firma des Kaufmanns gerichtet und von einem Angestellten der Firma innerhalb seiner Vertretungssphäre beantwortet, so haftet der Prinzipal auch für den dolus dieses seines Angestellten. Vgl. auch u. Note 6.

b) Die Auskunft, welche auf Grund eines Vertragsverhältnisses und meist gegen Entgelt erteilt wird, ist mit verschwindenden Ausnahmen die Auskunft der Auskunfteien.

Die Auskunfteien können nach § 2 HGB. die Kaufmannsqualität erlangen.

Die vertragliche Auskunft ist Werkvertrag (§ 631 BGB.).

Der Werkmeister hat beim Werkvertrage Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276).

Wird eine Auskunftei mit Erfolg aus ihrer Haftpflicht in Anspruch genommen, so wird von den Rechten des § 635 nur der Schadensersatzanspruch praktisch brauchbar sein, Wandelung und Minderung werden nach der Eigenart der geschäftlichen Leistung ausgeschlossen sein.

Die Geltendmachung der Schadensersatzklage ist nicht davon abhängig, daß der Kreditgeber dartut, er habe fruchtlos die Vorausklage gegen den Empfohlenen angestrengt.

Die Ansprüche aus der Haftung kann nur der erheben, welchem die Auskunft erteilt worden ist. A. M. **RG. 52** 366. S. JDR. **1** zu § 676 Note 4 und unten Note 2.

Mit Rücksicht auf den Umfang, in welchem nach §§ 276/78 der Schuldner die Haftung für sein und seiner Angestellten Verschulden ausschließen kann, wird eine Haftung der Auskunfteien selten praktisch werden. Für seine eigene Person kann nach § 276 Abs. 2 der Inhaber der Auskunftei zwar die Haftung wegen dolus nicht ausschließen; wenn er aber vermeidet, selbst Auskünfte zu geben, und sie alle durch sein Personal geben läßt, so ist er gegen jede Inanspruchnahme wegen falscher Auskünfte fortan geschützt.

Der Ausschluß der Haftung, welcher im Geschäftsverkehr durch Wendungen wie „ohne obligo", „ohne Präjudiz", im Verkehr der Auskunfteien durch ausführlichere Sätze zu erfolgen pflegt, wirkt natürlich nur in dem gesetzlich zulässigen Umfange. Die Ausschlußerklärung muß abgegeben werden, ehe ein Vertragsverhältnis über Erteilung einer Auskunft zustande gekommen ist.

Wesentliche Voraussetzung der Schadensersatzpflicht ist Kausalzusammenhang zwischen der Auskunft und dem Schaden. — Voraussehbar braucht der Schaden nicht gewesen zu sein, und gemindert oder beseitigt wird die Schadenshaftung event. durch konkurrierendes Verschulden des Auskunftnehmers.

Zu a und b. Die Verjährung der Schadensersatzpflicht ist verschieden, je nachdem, ob vertragsmäßige oder vertragslose Auskunft vorliegt. Ersterenfalls greift bei fahrlässiger Auskunfterteilung die Verjährung für Werkverträge mit ihrer 6 monatigen Frist, bei arglistiger Auskunfterteilung die 30jährige Verjährung Platz (§ 638), letzterenfalls tritt die Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen ein, d. i. die Frist von 3 Jahren seit Kenntnis des Schadens und des Schadensstifters, von 30 Jahren ohne diese Kenntnis (§ 852). Die Verjährungsfrist des § 638 beginnt mit der Abnahme des Werkes, d. h. hier mit dem Empfange der Auskunft durch den Auskunftnehmer.

c) Eine Haftung des Auskunftgebers kann auch gegenüber demjenigen praktisch werden, über welchen er die Auskunft erteilt hat. — Es kann sich hier nur um außervertragliche Haftung wegen Schadens handeln. — Der Auskunftgeber haftet nur für dolus. — Die wissentlich falsche Auskunft wird sich als Verfehlung wider § 187 StGB., §§ 6, 7 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs darstellen. — Einen besonderen Schutz für die Auskunftsbureaus enthalten in dieser Richtung § 824 Abs. 2 BGB. und § 6 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.

II. Teilweise abweichende, im wesentlichen übereinstimmende Ansichten vertritt Brückner. Er führt aus: Für den Tatbestand der unerlaubten Handlung, die durch die Empfehlung oder Auskunft verübt wird, kommen insbesondere die §§ 263 StGB., 823, 826 BGB. in Betracht; hier meist nur Vorsatz. Dagegen Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit in dem anderen Ausnahmefalle des Vertrags oder vertragsähnlichen Verhältnisses, ganz besonders für die berufsmäßigen Auskunftsbureaus oder Auskunfteien. Ihre rechtliche Stellung ist verschieden gegenüber a) dem Auftraggeber (Anfragenden, Auskunftnehmer) und b) dem Dritten („Angefragten", „Beauskunfteten").

zu a) Maßgebend ist der Vertrag. In der Regel Werkvertrag (§§ 631ff.), wenn insbesondere der Erfolg, die Auskunft, begehrt wird, — Dienstvertrag, wenn der Auftraggeber lediglich eine einzelne, von ihm bestimmt bezeichnete Dienstleistung verlangt, z. B. das Bureau beauftragt, bei einer Firma nachzufragen, ob sie einem anderen den Kredit gekündigt habe. Meist ist jedoch der Unterschied praktisch bedeutungslos. — Im einzelnen gilt folgendes:

α. Vergütung bei Empfangnahme der Auskunft zu entrichten. Ist über die Höhe nichts ausgemacht, so ist § 632 maßgebend; eine Taxe existiert nicht.

β. Die Verpflichtung geht mangels besonderer Abreden regelmäßig dahin, daß über die gestellte Frage eine ordnungsmäßige und gewissenhafte Erkundigung eingezogen und das in Erfahrung Gebrachte unter Nachprüfung seiner Zuverlässigkeit wahrheitsgemäß berichtet wird; doch wird nicht in jedem Falle dafür gehaftet, daß die zu erlangende Auskunft alle vom Anfragenden gewünschten Punkte erschöpft und die Kreditwürdigkeit oder -Unwürdigkeit des Angefragten völlig außer Zweifel stellt. Die §§ 633, 634 sind regelmäßig unanwendbar.

γ. § 634 findet (§ 635) entsprechende Anwendung, wenn die Auskunft nicht rechtzeitig erteilt wird. Ebenso ev. § 634 Abs. 2.

δ. Ein Verschulden macht nach § 635 schadensersatzpflichtig. Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB., ev. § 347 HGB.), Gewissenhaftigkeit in der Erforschung und in der Mitteilung ist zu beobachten. Als wissentlich falsch wird schon eine positive Angabe angesehen, von deren Richtigkeit der die Auskunft Erteilende nicht überzeugt ist (SeuffA. **46** Nr. 258). — Bezüglich der Mitteilungspflicht über weit zurückliegende Umstände braucht die Auskunftei nur diejenigen Tatsachen mitzuteilen, welche für die im einzelnen Falle von ihm zu ermittelnde Kreditwürdigkeit einer Firma von Erheblichkeit sind. — Fahrlässigkeit kann bei der allgemeinen Organisation und dem Geschäftsbetrieb nur im einzelnen Falle zutage treten.

ε. Zuziehung von Hilfspersonen (§ 613) unerläßlich und erlaubt; Haftung nach § 278.

ζ. Inwieweit kann die Haftung erlassen werden? Welche Bedeutung kommt der Bemerkung zu, das für die Richtigkeit der Auskunft keinerlei Garantie oder Haftpflicht übernommen werde, u. dgl. Wendungen? Haftpflicht für eigene Arglist nicht ausschließbar (§ 276 Abs. 2), wohl aber für die der Hilfspersonen nach § 278 Satz 2, und die für eigene und fremde Fahrlässigkeit. Jedoch ist wirkungslos die etwa erst nachträglich der erteilten Auskunft beigefügte Bemerkung „ohne Obligo", „ohne Garantie", sofern nicht beim Vertragsschluß ausbedungen. — Vgl. ferner § 637.

η. Kündigung beim Dienstvertrage nach § 626, beim Werkvertrage s. § 649: Die Auskunftei kann nicht kündigen, wohl aber der Auftraggeber (Entschädigungspflicht).

Die vorstehenden gesetzlichen Regeln sind bisweilen abweichend geregelt durch Vereinbarungen im Falle von Abonnements. (S. darüber das Nähere a. a. O. 248/249.)

Zu b. Gegenüber dem Beauskunfteten oder „Angefragten" kann eine Haftpflicht nur nach den Grundsätzen über Vergehen und unerlaubte Handlungen eintreten: §§ 186, 187 StGB., §§ 7, 14 des Ges. v. 27. 5. 96 (über unlauteren Wettbewerb), §§ 823, 824, 826 BGB., — s. das Nähere 273–276.

2. Stillschweigender Vertragsschluß mit dem Auskunft Begehrenden. S. darüber **RG. 52** 365 ff. in JDR. **1** zu § 676 Note 4.

Dagegen Laband, DJZ. **03** 262 ff., der betont, daß es sich nur um eine „Auskunft", nicht um „Rat" oder „Empfehlung" handelt, und ausführt: Die Annahme eines stillschweigend abgeschlossenen Vertrags ist mit großer Vorsicht zu behandeln; sie ist in der Regel eine willkürliche Fiktion und ein schlechter Notbehelf der juristischen Konstruktion. Im vorliegenden Falle ist sie ganz besonders unnatürlich, weil der Anwalt den stillschweigenden Vertrag dadurch geschlossen haben soll, daß er einen ausdrücklichen erfüllte! Die Konsequenzen daraus wären unhaltbar, und der ganze Vertrag dient nur dazu, um die Haftung konstruieren zu können. Besteht aber in Wirklichkeit kein Vertragsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Anwalte, so finden auch die §§ 276 Abs. 1, 676 keine Anwendung. Praktisch ist die Entscheidung des RG. sehr gefährlich; es könnte niemand mehr einen Auftrag, einem anderen eine Mitteilung zu machen oder Auskunft zu geben, annehmen, ohne sich eine unübersehbare Verantwortlichkeit aufzuladen.

3. Wissentlich falsche Auskunfterteilung. Vgl. auch o. Note 1 zu I, II.

RG. Gruchots Beitr. **47** 105 ff., SächsA. **13** 209 ff., JW. **02** Beil. 276: Eine wissentlich falsche Auskunfterteilung verstößt im Zweifel gegen die guten Sitten und fällt dann unter § 826; auch aus §§ 823 Abs. 2 BGB. und 263 StGB. könnte u. U. eine Schadensersatzpflicht abgeleitet werden. Zum Vorsatze genügt die Feststellung, daß der Auskunfterteiler gewußt hat, daß seine Auskunft

den anderen Teil möglicherweise zu der betr. Kreditgewährung bestimmen werde, daß er die Möglichkeit schädlicher Folgen seiner Mitteilungen für den Empfänger der Auskunft wirklich erkannt hat (RG. 23 131 ff., 135 ff.). Eine wissentlich falsche Auskunft liegt auch schon dann vor, wenn man günstige Auskunft gibt, während man in Wirklichkeit in der erheblichen Beziehung überhaupt nichts weiß, also auch nicht positiv von der Richtigkeit der gemachten Angabe überzeugt ist. Bolze, Praxis 12 Nr. 384.

4. Haftung bei Raterteilung Sachkundiger an Sachunkundige.

RG. JW. **03** 79 Nr. 22: Nicht allgemein kann von demjenigen, welcher einem anderen Rat erteilt, gesagt werden, er habe den durch Befolgung des Rates von dem anderen herbeigeführten Erfolg verursacht. Wer jedoch im Mangel eigener Sachkunde, aber im Vertrauen darauf, daß ein anderer, besser Kundiger, ihn von Leiden zu befreien imstande sei, sich dessen Behandlung unterwirft, begibt sich freiwillig in dessen Botmäßigkeit insoweit, als er bei Anwendung der ihm verordneten Kurmittel, deren Wirksamkeit er nicht übersieht, nicht kraft eigenen Urteils und auf Grund selbständiger, die Folgen abwägender Willensentschließung zu handeln pflegt. Deshalb kann er bei Befolgung der Anordnungen des anderen recht wohl als ein von dessen Willen abhängiges Werkzeug dergestalt betrachtet werden, daß betreffs der Verantwortlichkeit für die Folgen kein rechtlicher Unterschied zwischen dem Falle, wo der Behandelnde in eigener Person die Kurmittel am Leibe des Kranken in Wirksamkeit setzt, und dem Falle, wo es der Kranke dem Willen des Ratgebers entsprechend tut, nicht zu machen ist (entschieden zu § 230 des Strafgesetzbuchs).

Haftung eines Bankiers für Rat bezüglich Anschaffung von Wertpapieren. **RG.** BadRpr. **03** 241, BankA. **2** 127.

5. Haftung von Notaren für Raterteilung.

a) Über einen Fall, wo einem Notar der Vorwurf gemacht wird, auf Grund einer unrichtigen oder zweifelhaften Rechtsansicht (Eigentumsvorbehalt an einem Warenlager in seinem jeweiligen Bestand) einen Nachtragsvertrag instrumentiert zu haben, die Fahrlässigkeit aber verneint wird, s. SchleswHolstAnz. **67** 342 ff. (OLG. Kiel).

b) OLG. **7** 473 ff. (Marienw.): Unrichtige Auskunft eines Notars, Haftung auf Grund des § 839 (s. auch unten zu § 839).

6. Haftung einer Bank für ihre gesetzlichen Vertreter.

Die bekl. Bank hat für eine ihren gesetzlichen Vertretern bei der Empfehlung des Ankaufs von Aktien zur Last fallende Arglist oder Fahrlässigkeit einzustehen. **RG.** JW. **03** 152.

Elfter Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung und Literatur s. o. zum 10. Titel. — S. noch Leonhard (Marburg) KrVSchr. **44** 404 ff., Besprechung von Isays Geschäftsführung.

§ 677. I. Die begrifflichen Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag.

1. Brückmann, 1 ff., erörtert im Anschluß an die gemeinrechtliche Entwickelung die begrifflichen Voraussetzungen der neg. gest.

a) Geschäftsführung. Geschäftsbesorgung. Geschäft. Vgl. oben zu § 675 Note 1.

α. Daß das BGB. den Gestor Geschäftsführer nennt und den Titel mit Geschäftsführung überschreibt, während es im § 677 davon spricht, daß ein Geschäft „besorgt" wird, ist aus Gründen des sprachlichen Taktes und aus dem Zusammenhange mit §§ 662 und 675 zu erklären (9—10).

β. Daraus folgt: daß „Geschäft" hier nicht etwa wie in §§ 104ff. („Geschäftsfähigkeit", — „Rechtsgeschäfte") zu verstehen ist. § 682 besagt das Gegenteil: es gibt auch geschäftsunfähige und -beschränkte Geschäftsführer. Die Geschäftsführungsfähigkeit reicht also bedeutend weiter als die Geschäftsfähigkeit und findet nur an den tatsächlichen Verhältnissen ihre natürliche Grenze. „Wer" ein Geschäft nach § 677 besorgt, braucht nur geschäftsführungsfähig zu sein (10—11).

γ. Daraus ergibt sich, daß die G. o. A. kein Rechtsgeschäft ist. (Polemisches insbes. gegen Isay und Manigk s. a. a. O: 11 Anm. 1.)

δ. Aus dem Parallelismus der §§ 677, 662, 675 — Gleichstellung der „Geschäfte" mit dem in Vertragstatbeständen gebrauchten Begriff — ergibt sich weiter die Frage des Obligationsinteresses nach § 241 auch für die neg. gestio. S. darüber 12ff. und oben zu § 241 Note 2.

ε. Auf der anderen Seite ist zu fragen, ob deliktische Handlungen des Geschäftsführers geeignet sind, als geschäftsführende Tätigkeit die begrifflichen Voraussetzungen zu erfüllen (18ff.). Gegen Isay nimmt er an, daß eine deliktische Geschäftsbesorgung niemals die Voraussetzungen des § 677 erfüllen kann (20).

ζ. Mit Neumann und anderen (s. 21 Anm. 1) stellt er darauf ob, daß sich die Geschäftsbesorgung auf ein einzelnes Geschäft oder aber eine Reihe von Geschäften oder auf alle Geschäfte einer Person beziehen kann. Gleichgültig ist, ob die Tätigkeit rechtsgeschäftlich oder faktisch ist, wenn nur das Geschäft überhaupt durch einen Vertreter bzw. ohne vorherige Einwilligung des Geschäftsherrn besorgt werden kann. (Gegen engere Ansichten von Cosack, Isay, Hellmann u. a. s. das. 21 Anm. 3, 4: Der Ausdruck „Geschäftsbesorgung" bedarf möglichst extensiver Interpretation.)

η. 22ff. über den Ausdruck Geschäftsbesorgung mit Rücksicht auf den § 675. S. darüber oben zu § 675 Note 1e.

b) Für einen anderen.

α. Bedeutung für den Begriff der Geschäfte im allgemeinen und der fremden Geschäfte des § 687.

Brückmann, 27ff., legt die gemeinrechtliche Entwickelung dar und gibt 37ff. einen Überblick über die Auffassungen der Literatur. Er bekämpft die auf Grund der Motive (II 855) zur Herrschaft gelangte Ansicht, nach der durch die Fassung „für einen anderen" — nicht „eines anderen" — die Unterscheidung zwischen den objektiv und subjektiv fremden Geschäften des gemeinen Rechtes beseitigt worden sein soll (s. die Literatur 38 Anm. 1). Dies ist unrichtig. § 687 — sowohl Abs. 1 als auch Abs. 2 — steht damit in schärfstem Widerspruche, da dort von „fremden Geschäften" gesprochen wird. Es müßte somit a) Geschäfte, die für einen anderen besorgt (§ 677), b) fremde Geschäfte, die besorgt (§ 687 Abs. 1) oder behandelt (§ 687 Abs. 2) werden können, geben (39). Folgerungen hieraus: 39—40. Das Richtige ist vielmehr folgendes: § 677 gibt mit der Bezeichnung „für einen anderen" den Hauptbegriff. Jedes Geschäft nach § 677 muß für einen anderen besorgt werden. Daß dadurch an sich neutrale Geschäfte zu fremden werden, ist für das BGB. irrelevant. Daneben aber gibt es innerhalb des großen Kreises der „Geschäfte" einen kleineren, konzentrischen von solchen, die bereits fremdes Eigentum sind. Auch sie müssen für einen anderen besorgt werden. Aber bei ihnen wird das Bewußtsein der Fremdheit (§ 687 Abs. 1) als erforderlich und ausreichend angesehen. Das Gesetz kennt also sehr wohl das objektiv fremde Geschäft. Aber es benutzt es nicht als Einteilungsprinzip; es stellt nicht die Geschäfte im allgemeinen den „fremden" gegenüber. Als maßgebendes Kriterium kennt es lediglich den Be-

griff „für einen anderen“: aber dieser Begriff ist ein anderer, wenn es sich um Geschäfte im allgemeinen, ein anderer, wenn es sich um fremde Geschäfte handelt (41).

Der Ausdruck „Behandeln“ (§ 687 Abs. 2) erklärt sich dann aus Gründen des sprachlichen Taktes, da ein Prädator kaum eine „Sorge“ für ein Geschäft entfalten kann (41).

β. Bedeutung für den Begriff der fremden Geschäfte des § 687 im besonderen.

Brückmann 42 ff.: Zunächst Übersicht über die Literatur, die zumeist aus dem § 677 fälschlich schon die Voraussetzungen des § 687 folgert, ja sogar diesen zum Teil (Planck!) für überflüssig erklärt. Das BGB. hält jedoch G. o. A. nur dann für vorliegend, wenn ein Geschäft für einen anderen geführt wird. Dieser Begriff ist im § 687 bezüglich zweier besonderer Kriterien zu prüfen, von denen im § 677 nichts erwähnt ist: es ist im § 687 das Bewußtsein erforderlich, daß das Geschäft einen anderen Eigner hat, was sich wiederum aus § 686 ergibt (44). Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so liegt keine G. o. A. vor. Die große Gruppe der gemeinrechtlichen unechten neg. gest., die bona fide, aber ohne animus alien. neg. ger. vorgenommene Geschäftsführungshandlungen begreift, ist beseitigt. Man darf nicht etwa von „unrechter“ G. o. A. sprechen (45). Das gleiche gilt für § 687 Abs. 2: aus ihm ergibt sich, daß das Nichtbewußtsein der Widerrechtlichkeit bei Führung eines fremden Geschäfts, das der Handelnde nicht als fremdes kennt, immer zu § 687 Abs. 1 zurückführt. Somit verlangt das Gesetz zum Vorliegen einer G. o. A. bei fremden Geschäften: daß der Führer sich der Fremdheit bewußt ist und daß er das Geschäft auch als fremdes, nicht als eigenes behandeln will (47). Es ist also die unechte G. o. A. restlos beseitigt (50).

S. ferner unten zu § 687.

γ. Der Begriff im einzelnen.

αα. Der bloße innere Wille genügt nicht. Der Geschäftsführungswille muß auch zu einer Willensäußerung geführt haben (51 ff.). Der Grund ist, daß vor allen Dingen dort, wo der Handelnde in fremde Rechtssphären übergreift und aus seiner Willensrichtung Rechte für sich herleiten will, ein Betätigungsakt verlangt werden muß (53). Auch die Beweisfrage ist von Bedeutung (54 ff.). Es kann dem Gestor gar nicht zugemutet werden, auf das bloße Bestreiten des beklagten Geschäftsherrn hin seine Gestionsabsicht zu beweisen, weil ihm in dieser Form überhaupt keine Beweismittel zu Gebote stehen und das Gesetz nicht gewollt haben kann, daß auf diese Weise die Geschäftsführungsgegenklage praktisch illusorisch gemacht werde (54). Näheres 55.

ββ. Gleichgültig ist, auf welchem Wege sich dieser ernste, nach außen kundgegebene Wille gebildet hat, ob er aus egoistischen, oder altruistischen Motiven stammt (55—56).

γγ. Insbesondere ist auch unerheblich, ob das Mandat eines Dritten den Anlaß zu der neg. gestio gegeben hat (56 ff.). (S. auch u. Note III, 3). Die Frage muß so gestellt werden: hat der Mandatar des Dritten trotz des Mandats nicht oder nicht nur für diesen, sondern auch für denjenigen, dessen Zwecken das Mandat gewidmet war, gehandelt? — Beispiele und Näheres a. a. O. In der Regel wird man davon auszugehen haben, daß der Handelnde den Blankettwillen hat, tätig zu werden, für den, den es angeht. Solch ein Blankettwille entspricht sehr häufig den Lebensverhältnissen (58).

δδ. Doch darf sich der Fremdwille nur auf Mögliches erstrecken. Absolut eigene Geschäfte kann man nicht für andere führen (59).

εε. Der „Andere" (59 ff.).

Durch das in dem Worte „für" steckende Willensmoment wird bei neutralen Geschäften der Eigner erst geschaffen. Aus § 686 (60 ff.) ergibt sich, daß im Falle der nichtfremden Geschäfte als der wirkliche Geschäftsherr derjenige anzusehen ist, den der Geschäftsherr wirklich zum Geschäftsherrn machen wollte (61). Näheres s. unten zu § 686. — Über die Ungewißheit in objektiver Richtung s. 62 ff. Ein anderer ist jeder, der und jeder soweit er von den Gesetzen beachtet wird (63).

c) Über das negative Kriterium „ohne Auftrag und sonstige Berechtigung" 63 ff.:

α. Die G. o. A. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein ungültiges Mandat sich zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer schiebt (65).

β. 67 ff. über die Frage, ob das Fehlen des im § 677 genannten Auftrags oder sonstigen Berechtigungsverhältnisses in allen Fällen genügt, um eine G. o. A. zu ermöglichen. Es ist begrifflich scharf zu scheiden zwischen nichtberechtigter Geschäftsführung und Vornahme eines Geschäfts in Überschreitung eines Rechts-, bzw. Verpflichtungsverhältnisses, insbesondere eines Vertrags, eines Vertragsbruchs, einer Pflichtverletzung. G. o. A. liegt dann nicht vor, wenn das Geschäft in irgendeinem inneren Zusammenhange mit dem betreffenden Vertrag oder sonstigen Verhältnisse steht. Der Betreffende darf sich nicht selbst befreien. (Näheres 68, 69.)

γ. 69 ff. wird die Frage, ob durch Unterlassungen Geschäftsführungen o. A. vollbracht werden können, verneint.

δ. 70 ff. wird ausgeführt: es ist jedoch möglich, daß der vertraglich zu einer Geschäftsbesorgung Verpflichtete (technisch: der Beauftragte) aus dem Vertragsrahmen nicht zum Zwecke des Vertragsbruchs, sondern zum Zwecke auftragloser Gestionstätigkeit heraustritt. Zu unterscheiden sind etwa insbesondere zwei Gruppen: die eine, in denen das Mandat lediglich tatsächlich kausal für die auftraglosen Gestionen wird, wo der Wille des Mandanten sich in dem Mandat nicht erschöpft hat, sondern es außer dem Gebiete, das er den Mandatar zu betreten beauftragt hat, noch andere gibt, deren Fruchtbarmachung ihm gleichfalls nicht unerwünscht wäre. (Beispiele 71, 72.) In solchen Fällen liegt kein Vertragsbruch vor und ist G. o. A. möglich. Bei der zweiten Gruppe handelt es sich nur um Quantitätsunterschiede (72 ff.). Ihnen ist gemeinsam, daß die auftraglose Gestionstätigkeit sich auf dieselbe Sache, hinsichtlich deren mandiert ist, konkretisiert und konzentriert und nur vielleicht die Zwecke allgemeineren Gesichtspunkten dienen. Hier liegt das Heraustreten aus dem Vertragsrahmen lediglich in der Art und Weise der Gestionstätigkeit. Beispiele a. a. O. In solchen Fällen ist G. o. A. möglich, das Kriterium liegt in dem Vertragswillen (§§ 133, 157). Was von ihm umfaßt wird, ist dem Bereiche auftragloser Geschäftsbesorgung entzogen. Näheres a. a. O.

Doch kann der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Gründen auch direkte Vorschriften aufstellen. Dies ist mehrfach geschehen: Prinzip der angewendeten Geschäftsführung ohne Auftrag (74 ff.). Es besteht darin, daß der Gesetzgeber in zahlreichen Fällen innerhalb gewisser existenter Berechtigungs- und Verpflichtungsverhältnisse dem Leistenden hinsichtlich gewisser Leistungen als einem Geschäftsführer o. A. die actio neg. gest. contr. gewährt. Die praktische Seite der Sache ist: daß der Richter in all diesen — lediglich kasuistisch geregelten — Fällen der Prüfung überhoben ist, ob die Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses G. o. A. zuläßt und inwieweit es selber die Grenzlinien zwischen ihm und einer G. o. A. gezogen wissen will. In allen Fällen handelt es sich auch um Geschäfte, die bereits objektiv fremde sind (§ 687). Zu unterscheiden sind zwei Gruppen

(s. das Nähere a. a. O.). Zur ersten gehören §§ 450—547 (581)—601 einerseits und §§ 994—1049—1216 andererseits; zur zweiten, die lediglich im Erbrechte vertreten ist: §§ 1959, 1978. Eine Sonderstellung nimmt der § 2125 ein (74). — Außerdem verweist der Gesetzgeber noch mehrfach auf die Regelung aller dieser verschiedenen Fälle. So sind vorbildlich die §§ 994, 1049, 1216 für die §§ 850, 1007, 2185 vollkommen und die §§ 292, 347, 467, 2023 teilweise und die §§ 1959, 1978 für die §§ 419, 1991, 2036. Vgl. das Nähere über die einzelnen Bestimmungen a. a. O. 75 ff. und zu den bezüglichen Paragraphen.

Jedoch ist nicht etwa — als arg. e contrario — in allen nicht ausdrücklich erwähnten analogen oder gleichartigen Berechtigungs- und Verpflichtungsverhältnissen G. o. A. begrifflich ausgeschlossen (79). (S. über die gegenteilige Ansicht die obigen Darlegungen.) —

Da in den Vorschriften fast überall nur von „Verwendungen" oder „Aufwendungen" gesprochen wird, so könnte — ebenfalls arg. e contrario — geschlossen werden, daß für andere geschäftliche Tätigkeiten als „Aufwendungen", als „erbschaftlicher" Natur (§ 1959) G. o. A. nicht gegeben sein kann. Allein dies ist undenkbar. Auch hier muß überall die grundsätzliche Unterscheidung des Gesetzes zwischen Übernahme und Ausführung (a. a. O. 104 ff.) durchgeführt und geprüft werden, ob einmal die Übernahme der Geschäftsführung, der dieser Aufwand, der die Verwendungen entspringen, als solche gültig, und zweitens, ob die Aufwendungen und die Verwendungen selbst eine gültige Ausführung des übernommenen Geschäfts darstellen (insbes. 112 ff. und unten zu § 683).

ε. 81 ff. über die gemeinrechtliche, insbesondere von Ruhstrat gegen Dernburg behandelte Streitfrage, ob der aus der G. o. A. Klagende die sämtlichen Voraussetzungen und insbesondere die Negative, daß kein Auftrag vorhanden sei, beweisen muß. Er legt dar, daß Ruhstrat Dernburg mißverstanden habe, und meint: beide Institute sind allerdings sowohl nach gemeinem Rechte wie nach BGB. deutlich als zwei verschiedene gestaltet; aus ihnen entspringen demnach auch verschieden geartete Obligationen. Wer einen Auftrag als Verpflichtungsgrund bezeichnet, behauptet damit nicht eine nützliche Geschäftsbesorgung. Wer also nur Auftrag behauptet und das Mandat nicht beweisen kann, ist abzuweisen und kann später aus der nützlich übernommenen Geschäftsführung klagen (84). Allein er kann auch sofort so klagen, daß er für den Fall, daß er das Mandat nicht beweisen könnte, event. sich auf die nützlich übernommene Geschäftsführung stützt. Es müssen nicht die Voraussetzungen des § 677, sondern nur die des § 683 bewiesen werden.

86 Anm. 2 hebt er hervor, daß eine an sich unzulässige Änderung des Klagegrundes vorliegt, wenn ursprünglich aus Mandat, alsdann aus neg. gest. geklagt wird. Es sei zweifelhaft, ob hier mit § 264 ZPO. regelmäßig geholfen werden könne: insbesondere wohl dann nicht, wenn anfangs G. o. A., alsdann Auftrag behauptet werde. Anders vielleicht, wenn Kläger von vornherein genehmigte Geschäftsführung behauptet hat und dann Mandat substituiert.

2. Leonhard wendet sich gegen Isays Bestreben, der Geschäftsführung eine so überaus selbständige Stellung im System einzuräumen. Die Konstruktion sei weder praktisch notwendig noch zweckmäßig (409). Dies wird zunächst für den Tatbestand der Geschäftsführung (410 ff.), sodann für die Wirkungen (415 ff.) an einer Reihe von Fällen des Näheren nachgewiesen. Überall zeige sich hier, daß die Merkmale, die Isay aus der Lehre der G. o. A. entnehme, bei den Verträgen (des Auftrags und der entgeltlichen Geschäftsbesorgung) durchaus nicht zutreffen. —

II. Über die Begriffe des wirklichen und mutmaßlichen Willens und des Interesses s. u. zu § 683.

III. Weitere begriffliche Einzelheiten.

1. Lotmar 33: Zwar kann die Geschäftsführung oder -Besorgung Arbeit sein, da es sonst nicht möglich wäre, daß ein Dienst- oder Werkvertrag „eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande" hat (§ 675). Aber da weder Arbeit noch Entgelt ausbedungen wird, so ist sie kein Arbeitsvertrag. S. auch 122, 137.

2. Nach Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen 119 ff., umfaßt der Begriff des „Geschäfts" auch die Vornahme rein tatsächlicher Handlungen. Auch ein Kind kann daher ein solches „Geschäft" besorgen, nur fraglich, ob auch für einen anderen. Die Frage wird bejaht! Der Wille des Geschäftsführers braucht die rechtliche Qualifizierung seiner Beziehung zu den anderen nicht zu umfassen; sogar die Person des Geschäftsherrn überhaupt kann ihm unbekannt sein. Der Wille, für einen anderen zu handeln, ist an sich auf etwas rein Tatsächliches gerichtet. — Über den Begriff von Geschäft und Geschäftsbesorgung vgl. im übrigen o. zu § 675 Note 1 und zu § 677 oben Note I 1 a.

3. **RG.** JW. **03** Beil. 141: Die Fälle, in denen jemand ein fremdes Geschäft im Auftrag eines Dritten — s. o. unter I b zu γγ sub γ — besorgt, sollten lediglich der Wissenschaft überlassen bleiben. Sie werden jedenfalls nicht von dem § 687 Abs. 2 betroffen. S. u. zu § 687 Abs. 2.

4. Stier-Somlo, A.bürgR. **17** 300, kommt bei der Erörterung des § 266 ZPO. zu folgendem Satze: In allen Fällen, in denen jemand auch für sich, nicht bloß für einen anderen, Geschäfte besorgt, ist eine Klage aus § 677 nicht gegeben.

5. Zu dem Begriffe des „Blankettwillens" — s. oben Note I 1 zu b, γ unter γγ, IDR. **1** zu § 683 Note 3, § 164 Note 5 a. E. — vgl. auch die Bemerkungen bei Schneider, Treu und Glauben 110 Anm. 172, wo er auf die zahlreichen Fälle aufmerksam macht, „wo der Übergebende sich um den eigentlichen Erwerber und dessen Person gar nicht kümmert, weil er nichts von ihm weiß, und weil seine dunkle Empfindung höchstens nur dahin geht, daß der „wahre Berechtigte" oder der, „den es angeht", Eigentümer werden solle. (Beispiele aus dem Verkehrsleben s. daselbst.) „Eine Absicht der Eigentumsübertragung an irgend jemand würde man dem „Übergebenden" vergeblich abfordern; die Rechtsordnung muß sich also mit dem wirklichen Vorgange begnügen, kann ihn nur juristisch „zurechtrücken".

IV. Im übrigen sind die Anmerkungen zu § 683 heranzuziehen.

§ 678. 1. Über den Grund der Haftung des Geschäftsführers (Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens) vgl. Neumann, Prolegomena § 12.

2. Auch die Verletzung des Affektionsinteresses bedeutet einen Schaden im Sinne des § 678: es ist Nichtvermögensschaden, für welchen allerdings ein Geldersatz nach § 253 nicht stattfindet, der aber, soweit angängig, im Wege der Naturalreparation zu beseitigen ist. Fischer, Der Schaden 320—325.

§ 679. 1. Dogmatisches.

Brückmann, 153 ff., legt die Entwickelung im gemeinen Rechte sowie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift dar und führt aus:

a) Das öffentliche Interesse des § 679 tritt nur an die Stelle des Willenserfordernisses, das objektive „Interesse" aber bleibt, insoweit es von jenem nicht konsumiert wird, kumulativ maßgebend, insbesondere für das Wie?, für die Art und Weise der Erfüllung der im § 679 genannten Pflichten.

b) 158 ff.: Der § 679 ist nicht auf vertragsmäßige Verpflichtungen anwendbar; denn mag auch die Erfüllung einer solchen noch so sehr dem öffentlichen Interesse entsprechen, — z. B. wenn zwei miteinander ausmachen, es

solle der eine ein Blindenhaus errichten, — so liegt die Erfüllung einer Vertragspflicht begrifflich stets im Interesse des anderen Kontrahenten: es würde sonst in unerhörter Weise das Vertragsrecht durch öffentlich-rechtliche Begriffe alteriert. Es müssen also die im § 679 gemeinten Pflichten zum mindesten in — wenn auch privatrechtlichen — Gesetzen begründet sein.

c) Dagegen braucht (160ff.) der Geschäftsführer die Pflicht des Geschäftsherrn nicht etwa in gleicher Weise wie dieser zu erfüllen, wenn dieser sich der Erfüllung entledigen würde. Er bekämpft ein Urteil des KG. (OLG. **5** 310ff.), in welchem bezüglich eines Arztes, der als Inhaber einer Klinik verunglückte Mitglieder einer Krankenkasse verpflegt hatte, das Vorliegen des § 679 verneint wurde, weil sich nach dem maßgebenden Gesetze vom 10. April 1892 die Pflicht der Krankenkasse auf Gewährung von Krankengeldern und sachgemäßer Hilfe in Gestalt freier ärztlicher Behandlung beschränkt, dagegen die Krankenhauspflege nach § 7 a. a. O. völlig in das Ermessen der Kasse gestellt und auch nicht einmal im Falle der Dringlichkeit obligatorisch ist. Es war, so führt Brückmann dagegen aus, begrifflich immer möglich, daß der Arzt an Stelle der Krankenkasse durch die Krankenhauspflege gültig gerierte, wenn eben die gesetzliche Pflicht der Kasse von ihr nicht rechtzeitig erfüllt werden konnte. Die Geschäftsführung soll nur in die durch die Nichterfüllung geschaffene Lücke eintreten. Sie ist im § 679 nur ein Surrogat der dem Geschäftsherrn obliegenden Pflichterfüllung. Selbstverständlich muß aber auch hier das „Interesse"-Erfordernis insofern beachtet werden, als in erster Linie Art und Wesen der dem Geschäftsherrn obliegenden Pflichterfüllung zum Vorbilde genommen werden muß. Der Gestor muß eine dem gesetzlichen Inhalt dieser Pflicht entsprechende oder möglichst angenäherte Gestionstätigkeit entfalten.

2. Beispiele. Vgl. JDR. **1** Note 2 zu § 679.

Eck 537: Zahlung von Steuern, Leichenbestattung, Wegebesserung. Wenn jemand aber z. B. einen Selbstmörder wider seinen Willen vom Tode rettet und für ihn eine Droschke holen läßt, trifft § 679 nicht zu.

3. Über die Frage, ob die Verhinderung des Selbstmordes u. U. dem § 679 zu unterstellen ist:

a) Brückmann 157 Anm. 3: Er verneint die Frage; es wird meist nicht beachtet, daß eine „Pflicht zu leben", deren „Erfüllung im öffentlichen Interesse" liegt, undenkbar ist, das Kriterium der „Rechtzeitigkeit" ist damit gar nicht vereinbar. Damit entfällt der § 679. Das in dem Selbstmord oder sonstwie zum Ausdrucke gelangte „Verbot" des Geschäftsherrn, ihn nicht zu retten usw., hält er gegen Kipp nicht für unsittlich. In vielen Fällen wird aber dem Retter dadurch zu helfen sein, daß man geistige Umnachtung des Selbstmörders und somit Ungültigkeit des Verbots und Willens annimmt, so daß es nur auf das „Interesse" ankommt (§§ 677, 683).

b) Rosenberg, GS. **62** 75 — s. unten zu § 683 Note II, 2 —: Wenn jemand den Versuch macht, sich selbst zu töten, so bekundet er damit noch lange nicht den Willen, unbestimmte Zeit — Stunden, Tage, Wochen — ohne ärztliche Hilfe im Todeskampfe zu liegen. Von einer Vermutung, daß der Verletzte auf ärztliche Hilfe verzichte, kann nicht die Rede sein. Im öffentlichen Interesse aber liegt es, daß ein Schwerverwundeter nicht hilflos am Tatorte liegen bleibt.

c) Behr, GS. **62** 420 — s. unten zu § 683 Note II, 2 — tritt der Anwendung des § 679 durch Rosenberg aus prinzipiellen Gesichtspunkten entgegen.

4. Prozessualische Bedeutung des § 679.

163 Anm. 1 macht Brückmann darauf aufmerksam, daß sich viele Fälle aus § 679 aus dem Gesichtspunkte des § 683 rechtfertigen lassen. In solchen Fällen ist es für den Prozeßrichter, meist praktischer, die Klage zunächst auf

den § 679 hin zu prüfen. Denn hier hat er es nur mit Objektivem zu tun. Darauf, ob der Kläger auf § 683 fundiert, kommt es nicht an; ergibt sich, daß die Geschäftsführung gemäß § 679 gültig ist, so ist der Prozeß zur Entscheidung reif.

§ 680. Flügge 81: Hat der Arzt die Gefahr nach bestem Wissen und Gewissen für dringend gehalten, und stellt sich nachher heraus, daß sie nicht dringend gewesen sei, so greift die Bestimmung gleichwohl Platz.

§ 681. Brückmann, 177 Anm. 2, wirft die Frage auf, ob der § 681 in irgendeiner Weise für die Frage herangezogen werden kann, ob ein Gestor, der dem § 681 zuwider Aufwendungen macht, als ein Geschäftsführer angesehen werden könne, der nicht handele, wie es die Umstände erfordern. Dies wäre eine unrichtige Umkehrung der Gesichtspunkte der actio directa und contraria. Der Geschäftsherr kann vielmehr in solchem Falle seinen Schaden liquidieren, bzw. der Gestor muß sich seinen Ersatzanspruch entsprechend kürzen lassen. So auch KGBl. **13** 4 a. E. (KG.).

§ 682. 1. Brückmann 10ff., 11 Anm. 1 über Geschäftsführungsfähigkeit im Gegensatze zu Geschäftsfähigkeit und darüber, daß § 682 erkennen läßt, daß die G. o. A. kein Rechtsgeschäft ist, s. oben zu § 677 unter I, 1 zu a bei β und γ.

2. Vgl. über Dittenberger oben zu § 677 Note III 2. Es kommen die §§ 812 ff., §§ 823 ff., insbes. § 829 in Betracht (a. a. O. 122). § 682 ist eine Schutzvorschrift und bringt den Schutzgedanken in einer quantitativen Minderung der Haftung des Kindes gegenüber derjenigen anderer Personen zum Ausdrucke.

§ 683. I. Dogmatisches.

1. Die Trennung von „Übernahme" und „Ausführung".

Brückmann 104ff.: Jedes Geschäft zerfällt begrifflich in die Übernahme und in die Ausführung; an ein jedes dieser beiden Momente knüpft das Gesetz besondere Bedingungen. Diese Regelung ist eine innerlich durchaus berechtigte (108). Der Gestor, der ein Geschäft besorgen will, sieht es nicht vor seinem geistigen Auge sofort in seiner vollen Bedeutung entstehen. Oft erweist sich den Gestoren die Übernahme als eine Quelle ungeahnter und von weitem nicht erkennbarer Probleme und Sorgen (109). — Der Wille gibt darüber Aufschluß, wieweit die Übernahme eines Geschäfts reicht: sie reicht immer so weit, als der Gerent ein Geschäft ausführen — nicht etwa „übernehmen" — wollte. Der Wille, soweit er die Grenzen des übernommenen Geschäfts bestimmt, ist demnach immer auf den Enderfolg desselben gerichtet. Und da der Wille betätigt sein muß, so ist die Übernahme ein Willensakt (109). — Bisweilen können — begrifflich — die Übernahme, der Betätigungsakt, und der Akt der Ausführung selber bis zur scheinbaren Ununterscheidbarkeit koinzidieren; doch kann bei scharfem Zusehen auch hier noch der betätigte Übernahmewille von der Ausführung unterschieden werden: am deutlichsten bei der sog. „generellen" Geschäftsbesorgung (111).

Die grundsätzliche Unterscheidung des Gesetzes ist unbedingt auch in den Fällen der „angewendeten" G. o. A. — s. o. zu § 677 Note I 1c unter δ, — zu machen, was meistens nicht beachtet wird. Da es hier überall die Tendenz des Gesetzes war, den Verwender hinsichtlich einer bestimmten Art von Verwendungen besser und sicherer zu stellen, als bezüglich „sonstiger" und ähnlicher, so daß die Verweisung auf die neg. gest. für den Ersatzberechtigten eine Erschwerung seiner Ansprüche bedeutet, so muß auch hier allgemein gefragt werden: ob einmal die Übernahme der Geschäftsführung, der dieser Aufwand entspringt, als solche gültig ist, zweitens, ob der Aufwand eine gültige Ausführung des übernommenen Geschäfts darstellt (113).

Somit muß also jedes Geschäft übernommen und ausgeführt sein; diese Unterscheidung ist von rechtspolitischer Bedeutung bei der Gestaltung des Inhalts der Geschäftsführungsgegenklage. Da das BGB. die Erfordernisse nicht an den Geschäftsführungsbegriff als solchen knüpft, sondern mit ihnen nur als Übernahme- und Ausführungserfordernissen rechnet, so muß in Weiterbildung der Wächterschen gültigen oder ungültigen Geschäftsführung a) von einer gültigen bzw. ungültigen „Übernahme", b) von einer gültigen bzw. ungültigen „Ausführung" gesprochen werden (114).

2. Das Interesse-Kriterium.

Brückmann, 114 ff., gibt eine Übersicht über die gemeinrechtlichen Theorien, die den „Interesse"-Begriff verwerten, und führt bezüglich des BGB. aus: Das BGB. stellt das „Interesse" neben den „Willen". Das Willensmoment ist daher aus dem Begriffe des Interesses völlig auszuscheiden. Es ist nach rein objektiven Grundsätzen zu prüfen: was entspricht dem Interesse dieses Mannes (des Geschäftsherrn), wenn wir von dem, was er sich darunter vorstellt, absehen? Der Herr steht insoweit denjenigen gleich, die einen rechtlich relevanten Willen nicht haben. Der Begriff ist dem Begriffe des „Besten" im § 5 nahe verwandt, wenn auch nicht mit ihm identisch, da im § 5 sicherlich nicht in erster Reihe das Vermögensinteresse ins Auge gefaßt wird. Es gilt der Satz: der Reflex auf die gesellschaftliche Stellung, Namen, Ruf wird auch von dem Begriff umschlossen. Auch die nicht notwendige Zahlung einer fremden Schuld kann dem Interesse einer Firma entsprechen. Es schadet jeder Irrtum über das Vorliegen des Interesses. Es gilt der Satz: der Erfolg entscheidet.

3. Das Willens-Kriterium.

Brückmann, 123 ff., gibt eine Übersicht über die Entstehungsgeschichte der Scheidung des „Interesse"-Kriteriums von dem Willens-Kriterium, einer Scheidung, die an sich unnatürlich sei, insofern man keinem Menschen mehr „Interesse" aufdrängen könne, als dieser für sich sehe und wolle. 126 ff. macht er auf einige gemeinrechtliche Theorien aufmerksam, die bereits diese beiden Kriterien nebeneinander stellen.

Prozessualisch ist diese Scheidung insofern wichtig, als der Richter gut daran tun wird, regelmäßig erst das Interesse-Kriterium nachzuprüfen; entfällt es, so braucht er nicht in die Geheimnisse des oft tief verborgenen und verworrenen menschlichen Willens hinabzusteigen (128).

Bezüglich des „Willens", der sich auf die Übernahme beziehen muß, unterscheidet das Gesetz

a) den wirklichen Willen (129 ff.): Der Herr muß wirklich gewollt haben, daß der Führer das Geschäft zu führen übernehme. Daß dieser Wille durch eine Verhinderung (absentia) bedingt sei, ist nicht gesagt; auch erhebt sich der „wirkliche Wille" rein und frei von allen äußeren Momenten über Objektives und Subjektives, Notwendiges oder Nützliches, Angemessenes oder Zweckdienliches, wie das Interesseerfordernis von allen subjektiven Momenten losgelöst ist. Da zu der Übernahmehandlung auch ein Subjekt gehört, so kann der Wille des Herrn nicht selbständig auf der Handlung und dem Geschäftsführer ruhen. Es müssen ihm sowohl die Handlung als auch der Handelnde recht sein. Gleichgültig dagegen ist es, ob der Herr selbst die Handlung vorgenommen haben würde. Der Herr muß nur gewollt haben, daß dieser Gestor das Geschäft übernehme. — Interesse und Wille können auch diametral auseinanderstreben, mag der Wille noch so unsinnig sein. Ein interner, nie geäußerter, unvernünftiger Wille kann erheblich sein. Das BGB. konnte das subjektive Willens-Kriterium so scharf herausarbeiten, weil es als Gegengewicht das objektive Interesse-Kriterium geschaffen hat. Da die Übernahme des Geschäfts dem Interesse und dem Willen

des Geschäftsherrn entsprechen muß, um ihn zu verpflichten, so ist der Inhalt dieses Willens kein anderer, als daß der Herr sein Bestes gefördert sehen wollte.

b) den mutmaßlichen Willen (133 ff.): Zwischen dem wirklichen und dem mutmaßlichen Willen ist eine scharfe und tiefe Scheidung zu machen. Der mutmaßliche Wille enthält vor allem eine Konzession an den Geschäftsführer. Er darf mutmaßen, was er, wenn ihm der wirkliche Wille bekannt wäre, nicht dürfte. Dies kann aus zwei Gründen geschehen: α. er ist nicht da, oder β. der Gestor weiß von ihm nichts. In diesem letzten Falle ist die Möglichkeit gegeben, daß der Gestor trotz eines vorhandenen wirklichen Willens über diesen hinweg den des Geschäftsherrn mutmaßen muß und darf. Diese Mutmaßung kann aber dem wahren Willen strikt zuwiderlaufen. — A. a. O. 135 ff. näheres über die Quellen der Mutmaßung. Soweit der Wille äußerlich zutage getreten ist, ist er bei der Mutmaßung in Rechnung zu ziehen. Aus dem „Interesse" ist nicht zu mutmaßen oder zu „interpretieren", solange nicht äußere erkennbare, vom Willen abgestempelte Umstände gänzlich fehlen. In diesem Falle aber reduzieren sich die Erfordernisse des § 683 auf das „Interesse"-Kriterium. In der Summe E(rfordernisse der Gültigkeit) = I(nteresse) + m(utmaßlicher) W(ille) wird der zweite Summand = Null, so daß sich ergibt: E = I (140). Sodaß also eine ganz einschneidende Abwandelung der Erfordernisse zugunsten des Gestors vorliegt. Bis zur Höhe des objektiven Interesses und der Vermutlichkeit seines Willens trägt der Geschäftsherr die Gefahr seines divergierenden wirklichen Willens (142).

4. Beweisfrage.

Brückmann, 143 Anm. 2, nimmt gegen Oertmann, Dernburg und Crome an, daß der Gestor das Interesse- und das Willenserfordernis beweisen müsse. Doch werde in der Praxis die Beweislast sich so gestalten, daß der Gestor als Kläger lediglich zu behaupten habe, daß die Übernahme dem wirklichen Willen des Dominus entspreche und daß demgegenüber dem Beklagten die Pflicht des substantiierten Bestreitens zufalle. Die Eideszuschiebung mit substantiiert tatsächlichem Inhalt über das Vorhandensein eines wirklichen Willens sei durchaus zulässig.

5. Bedeutung eines Verbots für die Geschäftsbesorgung.

Über das Verbot s. Brückmann 143 ff., wo ausgeführt wird: Während nach r. R. bei einem Verbote jeder Ersatzanspruch wegfiel, ist dasselbe heute nicht anders zu behandeln als jede andere Willensäußerung. Unter Umständen drückt ein Verbot den wirklichen Willen des Verbietenden nicht aus; es kann z. B. pro forma gemeint gewesen sein. Insbesondere hindert ein generelles Verbot nicht die Gültigkeit einer Geschäftsübernahme, wenn Umstände eintreten, die die Stabilität des damals zum Ausdrucke gelangten Willens unter den jetzt gearteten Verhältnissen als unwahrscheinlich erscheinen lassen. — Gegen Sturm nimmt er an (145 Anm. 2), daß an sich ein derartiges generelles Verbot, daß keiner sich in die Geschäfte des Verbietenden mische, zulässig ist. Auch darin besteht weiterhin ein Unterschied vom r. R., daß, wenn der Beweis eines harmonierenden Willens infolge des Verbots mißlingt, doch wenigstens die Ansprüche gemäß § 684 gewährt werden.

6. Geschäftsführung für nicht geschäftsfähige Personen, insbesondere ohne gesetzliche Vertreter.

Brückmann 146 ff. gegen Sturm: Da für einen „anderen", also jeden anderen Geschäfte geführt werden können, so auch für einen Unmündigen, einen Geschäftsunfähigen, mag er einen Vertreter haben oder nicht. Allein es ist der Wille des Vormundes als des gesetzlichen Vertreters im Willen in Rechnung

zu ziehen und das an der Person des Mündels haftende Interesse. Wie aber, wenn zufällig kein Vertreter vorhanden? (§ 206). In diesem Falle fehlt ein rechtlich beachtsamer Wille. Es hat keinen Sinn, den Willen, wie Oertmann will, des Geschäftsunfähigen erst aus seinem Interesse zu interpretieren; dies wäre ungesetzlich und überflüssig, ebensowenig, irgendeinen Willen, den des letzten gesetzlichen Vertreters, als fortdauernd zu vermuten, den des nächsten zurückzubeziehen. Vielmehr ist eben auch hier möglich, daß in der Summe Interesse + Wille der zweite Summand = 0 wird (s. o. Note 3b). Und gerecht und billig wäre auch ein Zusatz zu § 683, der so lauten müßte: „Ist der Geschäftsherr eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, steht dieser Anspruch dem Geschäftsführer zu, wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn entsprach." — Dies alles im Gegensatze zum r. R., wo handlungsunfähige, unmündige Geschäftsherren in jedem Falle nur bis zur Höhe der Bereicherung verhaftet wurden.

7. Die Ausführung selbst (§ 683 Satz 1).

Brückmann 174ff.: Sobald die Übernahme als gültig anerkannt ist, folgt die Prüfung des zweiten Aktes, der Ausführung. Von der Persönlichkeit des Herrn ist bei der Frage der Gültigkeit der Ausführung vollständig abzusehen. Einzig und allein maßgebend sind die Umstände. Selbst wenn der Führer von vornherein weiß oder mutmaßen müßte, wessen Sinnes der Herr war, darf er jetzt den Umständen gemäß handeln und muß es sogar tun. Weder der Wille des Herrn noch sein Interesse sind jetzt noch Richtung gebend, wenn auch diese Umstände selber von seinem Interesse sowohl, wie von seinem Willen an sich natürlich in hohem Grade beeinflußt sind, insofern ja die sie hervorrufende Übernahme dem Interesse und Willen hat entsprechen müssen. Es werden somit die durch sie geschaffenen Umstände, die auch als „Sachlage" bezeichnet werden können, dem Interesse des Herrn meistens, dem Willen nicht regelmäßig entsprechen.

8. Aufwendungen.

a) Über die Frage, ob Ersatz für zufällige Verluste verlangt werden kann, s. oben zu § 670 Note 3. Dort wird die Frage von Brückmann (b) bejaht. 214ff. wird ausgeführt, daß das Problem bei der G. o. A. viel klarer und schärfer als beim Mandat insofern zutage tritt, als hier einige Momente ausscheiden, welche dort dazu beitragen, über die Tragweite der einen oder der anderen Ansicht hinwegzutäuschen, da sie von vornherein mit dem Wesen der neg. gest. unvereinbar sind: in erster Reihe der Gesichtspunkt des Garantievertrags, von dem hier nie gesprochen werden kann. Eng hiermit verbunden ist die Frage der Vorhersehbarkeit des Schadens, die dort auch unter dem Gesichtspunkte des Verschuldens in Frage kommen kann; hier aber gilt: wenn der Gestor den Schaden bei der Übernahme vorher sehen mußte, so kann sie unter Umständen dem Interesse oder dem Willen des Geschäftsherrn oder beiden zuwiderlaufen und somit ungültig sein. — Der culpa-Gesichtspunkt entfällt hier insofern, als, wenn Verschulden vorliegt, die Übernahme überhaupt ungültig sein muß. Spezielles gegen Isay 216.

Burckhardt a. a. O. (s. o. zu § 670 Note 3b) empfiehlt die gleiche Haftung wie für das Mandat auch für die G. o. A. Es bestehe kein Grund, in dieser Frage die neg. gest. hinter den Auftrag zurückzusetzen und sie scheel anzusehen. Die Schranke des Interesses für den Geschäftsherrn sei stark genug, um mißbräuchliche Belastung auszuschließen.

b) Über die Frage der Entschädigung (Vergütung) für berufliche Tätigkeit s. oben zu § 670 Note 2.

II. Dogmatische Einzelfragen.

1. Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag.

Flügge 62: Behandelt ein Arzt Geschäftsunfähige, so liegt G. o. A. vor: indem er von der Mutmaßung ausgeht, dem Willen des gesetzlichen Vertreters des geschäftsunfähigen Kranken würde es entsprechen, daß der letztere von ihm behandelt werde, besorgt er das Geschäft der Behandlung für den anderen. Gleiches gilt, wenn er vorübergehend bewußtlose oder geistesgestörte (§ 105 Abs. 2) Menschen behandelt.

Ähnlich, wenn ein Dritter einen solchen Kranken zu dem Arzte bringt oder den Arzt zu einem solchen Kranken ruft. Auch dann will regelmäßig nicht der Dritte mit dem Arzte einen Vertrag abschließen, sondern ihm — z. B.: im Falle eines Zusammenbrechens auf der Straße rufen Passanten einen Arzt — nur Gelegenheit geben, seinerseits eine G. o. A. vorzunehmen; wobei sie allerdings u. U. selbst für den Bewußtlosen ohne Auftrag die Geschäftsführung der Herbeiholung ärztlicher Hilfe vornehmen können.

Hiervon gibt es Ausnahmen: z. B. ein Equipagenbesitzer überfährt jemanden und bringt den Bewußtlosen zu seinem Hausarzt; hier will er mit dem Arzte selbst einen Vertrag abschließen.

Zu unterscheiden ist eine letzte Kategorie (63) von Fällen, in denen jemand mit einem Arzte über die Behandlung geistig gesunder, geschäftsfähiger Personen einen Vertrag abschließt, und nur diese Personen auf Grund des zwischen dem Arzte und dem Dritten abgeschlossenen Vertrags in die Behandlung des Arztes treten: z. B. ein Haushaltungsvorstand läßt seine nicht von ihm gesetzlich vertretenen geschäftsfähigen Hausgenossen (Ehefrau, Geschwister, Dienstpersonal) von seinem Hausarzt, ein Institutsvorsteher seine Angestellten von seinem Arzte behandeln. Hierzu gehören auch die Fälle, in denen ein Krankenkassenvorstand, eine Berufsgenossenschaft, eine Invalidenversicherungsanstalt oder eine ähnliche Körperschaft ihre Angehörigen oder ihre Pfleglinge von denjenigem Ärzten behandeln läßt, mit denen sie abgeschlossen hat. Hier sind drei Rechtsverhältnisse zu unterscheiden, von denen nur das zwischen dem Kranken und dem Arzte interessiert (s. darüber oben zu § 611 Note 6a).

80 ff. behandelt er besonders das Rechtsverhältnis der G. o. A. bei geschäftsunfähigen Kranken. Es gelte im wesentlichen das gleiche wie bei vertraglicher Regelung.

90: Der Arzt, der als Geschäftsführer ohne Auftrag tätig ist, darf die Behandlung nicht zu einem Zeitpunkt einstellen, wo das Interesse des Kranken die Fortsetzung fordert (§ 677). Dagegen kann seinerseits der Kranke der Behandlung jederzeit ein Ziel setzen.

2. Ein zivilrechtlicher Versuch zur Lösung des strafrechtlichen Problems der Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe.

a) Rosenberg, Strafbare Heilungen, GS. **62** 62 ff. versucht die Frage des Rechtes des Arztes zu chirurgischen Eingriffen aus dem Gesichtspunkte der G. o. A. zu begründen und zu begrenzen; er führt aus: das Recht und die Pflicht, für eine andere Person zu sorgen, beruhe teils auf Gesetz, teils auf einer richterlichen Verfügung, teils auf Vertrag, teils auf einem einseitigen Rechtsgeschäft oder einer einseitigen Rechtshandlung. Der Gesetzgeber oder Richter könne durch besondere Vorschriften Recht und Pflicht des näheren regeln. Bei Kindern und Geisteskranken könne die Sorge insbesondere auch die Pflege der kranken Person umfassen. Der Fürsorgepflichtige, der sie aber nicht ausüben könne, könne sie anderen übertragen. Diesfalls übe dann der Arzt die Pflege im Auftrag und an Stelle des Fürsorgeberechtigten aus. Nun aber gebe es Fälle, in welchen weder der Auftrag des Fürsorgeberechtigten noch das Eingreifen des

Vormundschaftsgerichts abgewartet werden könne, weil der Kranke sofortiger Hilfe bedürfe. Diese Fälle seien nach der zivilrechtlichen neg. gest. zu beurteilen. Das gleiche gelte, wenn der Arzt für Personen, welche nicht unter fremder Fürsorge stehen, tätig werde. Durch diese Theorie würden eine Reihe von Fehlern der älteren Theorien vermieden. Allerdings könne der Arzt kein Honorar, sondern nur Ersatz seiner Auslagen verlangen; aber unter dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812) stehe ihm gleichwohl ein Ersatzanspruch für die Hilfeleistungen zu.

Gegen Rosenberg führt Behr ebenda 416 ff. aus: Es sei zwar zuzugeben, daß der ohne Ermächtigung oder Auftrag des Fürsorgeberechtigten handelnde Arzt als neg. gest. desselben erscheine, aber Rosenberg übersehe, daß das Geschäft für einen anderen besorgt sein müsse. Es sei aber kein „Geschäft" des Patienten, sich heilen usw. zu lassen, der Arzt handle nicht für ihn, nicht an seiner Stelle, wie etwa der Maler, der ohne Auftrag das Haus eines anderen tünche. Außerdem sei gegen Rosenberg streng an der Unentgeltlichkeit festzuhalten, die zum Wesen der G. o. A. gehöre. Gerade das Gegenteil kennzeichne aber die ärztliche Tätigkeit; der Arzt wolle von seinem Berufe leben und nur gegen Honorar tätig werden. Die Konstruktion Rosenbergs, mit welcher er dem Arzte eine Forderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gewähre, sei gekünstelt, gezwungen und eine Fiktion, da der Arzt zweifellos einen selbständigen klagbaren Anspruch auf Bezahlung seines Honorars habe.

b) Im einzelnen wird folgendes bemerkt:

Rosenberg (75): Sobald Gefahr im Verzug ist, wird in der Regel jeder Patient den ersten Arzt, welchen er überhaupt finden kann, beauftragen, alle dringlichen Maßregeln zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind. Der Arzt, welcher diese Maßregeln ohne Auftrag des Patienten trifft, darf erwarten, daß seine Handlungsweise seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entspricht.

Hierzu Behr (421): Niemand kann gezwungen werden, etwas als sein Interesse anzuerkennen, was er selbst als solches leugnet. Ein solcher Zwang läge aber vor, wenn man den Willen des Geschäftsherrn nach objektiven Gesichtspunkten beurteilen wollte. Es kommt lediglich sein subjektiver Wille in Betracht, der nicht durch den allgemein voraussetzbaren Willen anderer, vielleicht sogar der meisten Menschen, ersetzt werden darf. Unter „mutmaßlichem" Willen ist nur der nach dessen Charakter und nach dessen Individualität anzunehmende Wille zu verstehen. Der Betroffene kann nachträglich erklären, daß die Handlungsweise des Arztes mit seinem Willen in Widerspruch stand.

3. G. o. A. und Auslobung von Finderlohn.

Brückmann, A.bürgR. 23 330 ff., erörtert den Fall, daß ein Freund für einen anderen einen höheren Finderlohn, als der gesetzliche ist, für die Wiederbeschaffung einer „verlorenen Sache" auslobt, die sich hinterher als nicht „verloren" im Sinne der herrschenden Ansicht herausstellt, weil sie sich noch im Besitze des Hoteliers befand. Ist dem „Interesse"-Erfordernis genügt? Entspricht es nicht der objektiven Nützlichkeit im Sinne des § 683, daß ein Finderlohn für nicht verlorene Sachen ausgelobt wird? Die Frage wird bejaht. Der Ersatzanspruch ist zuzubilligen, weil es im Interesse eines Menschen liegt, daß wertvolle Sachen, die seiner Sphäre derart entfremdet sind, daß sie für seine wirtschaftliche Berechnung gleich Null sind, ihm zurückgewonnen werden. — S. ferner oben zu § 657 Note 5 und unten zu §§ 965 ff.

III. Welches „Prinzip" liegt der Regelung zugrunde?

Brückmann, 216 ff., erörtert die „Prinzipien" des gemeinen Rechtes und findet, daß das BGB. sich keinem angeschlossen hat. Er formuliert (219) den

Grundgedanken dahin: daß das BGB., soweit wie möglich, die Glieder der sozialen Gemeinschaft durch das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag in dem Bestreben unterstützen will, ihr Interesse zu fördern, wenn sie es auch wirklich gefördert sehen wollen. Der objektiven Zweckdienlichkeit, wenn und soweit sie in Einklang steht mit den individuellen Neigungen der Menschen, zu dienen, ist das Institut in erster Reihe bestimmt.

§ 684. 1. Satz 1: Brückmann, 220ff., hält den Satz 1 für überflüssig, da die Vorschrift nichts anderes als der § 812 Satz 1 ausdrückt. Er tadelt die „unnötige Breite".

2. Satz 2. Die Genehmigung.

Brückmann a) 163ff.: Die Genehmigung heilt jeden Mangel der Voraussetzungen, ohne die eine gültige Übernahme sonst nie herbeigeführt werden könnte, sei es, daß dieser Mangel dem Interesse- oder Willenserfordernis oder beiden anhaftet und die Fälle des öffentlichen Interesses (§ 679) nicht gegeben sind. Der innere Grund liegt in dem Rechte eines jeden, frei über seine Güter zu verfügen, seine Lebensverhältnisse zu regeln, soweit nicht die Rechtsordnung aus irgendeinem Grunde Schranken setzt. Eine besondere Form für die Vornahme ist nirgends vorgeschrieben (165). Die Genehmigung ist ein einseitiges, aber sicherlich empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (167).

b) 167 ff. über die Frage, ob die Genehmigung unter Umständen auch durch konkludente Handlungen erteilt werden kann. Mit einer einfachen Bejahung dieser Frage ist es nicht getan. Vielmehr ist ein theoretischer Umweg einzuschlagen, der freilich in der Praxis des täglichen Lebens keine besonderen Schwierigkeiten bietet: im Gesetz ist nirgends, insbesondere nicht in den §§ 182ff., eine Frist bestimmt, binnen deren die Genehmigung zu erteilen oder zu verweigern ist. Es besteht somit prinzipiell bei allen genehmigungsbedürftigen Rechtshandlungen die Möglichkeit eines immerwährenden Schwebezustandes. In einigen besonderen Fällen (§§ 108, 415, 416, 1000ff. u. a. m.) sind Mittel und Wege angegeben, wie derselbe in ein Definitivum verwandelt werden kann. Im Falle des § 684 sind wir auf allgemeine Grundsätze angewiesen. Diese knüpfen an die natürlichen Verhältnisse an: der Geschäftsführer unterbreitet die genehmigungsbedürftige Gestionstätigkeit dem Geschäftsherrn zum Zwecke der Genehmigung und fordert für sie Entlastung; er bietet sie ihm also an, was auch natürlich konkludenter geschehen kann. Dieses Angebot steht unter den §§ 145ff., insbesondere auch § 151. Innerhalb seines Anwendungsgebiets kann die Genehmigung also wirksam erteilt werden, ohne daß der Geschäftsherr die Annahme ausdrücklich erklärt: doch ist zu beachten, daß der Wegfall der Empfangsbedürftigkeit in diesen Fällen durch ein entsprechendes Angebot bedingt ist.

c) 168ff. über die theoretische Streitfrage des gemeinen Rechtes, ob die Genehmigung die neg. gest. in ein Mandat verwandeln kann.

d) 172 wird betont, daß sich die Genehmigung in der Regel nur auf die Übernahme der Geschäftsführung bezieht, ohne Rücksicht auf den Inhalt im einzelnen, auf die Art und Weise der Ausführung. Es wird also nicht etwa der gemachte Aufwand als nützlich und dem § 670 entsprechend anerkannt. Die Genehmigung ist vornehmlich nur ein Surrogat der die Gültigkeit der Übernahme herbeiführenden Voraussetzungen.

§ 685. Brückmann, 95ff., betont gegenüber Isay, Geschäftsführung, 159 — vgl. IDR. **1** zu § 685 Note 1 —, daß im Falle des Fehlens des animus recipiendi jeglicher Anspruch, nicht nur der auf Ersatz von Aufwendungen, fortfalle. Es sei nicht richtig, daß die Ansprüche des Gestors in solche auf Ersatzansprüche wegen Aufwendungen und solche wegen Schadensersatz zerfallen; diese seien unter den Begriff der „Aufwendungen" zu bringen (vgl. oben § 670).

Er macht weiter aufmerksam, daß der animus donandi u. U. einen beschränkten Inhalt haben kann: z. B. der Gestor will das Geschäft unentgeltlich für den Dominus bis zur Höhe einer Kostensumme von 1000 Mark besorgen. In solchem Falle lebt mit Überschreitung der Grenze der animus recipiendi wieder auf (95 Anm. 1).

Gegen Krumm — vgl. JDR. 1 zu § 685 Note 2a — nimmt er an, daß die Absicht, Ersatz zu verlangen, nicht Klagevoraussetzung, sondern die entgegengesetzte Absicht eine rechtshindernde Tatsache sei, die der auf Ersatz in Anspruch genommene Geschäftsherr beweisen müsse (101).

Vgl. im übrigen JDR. 1 zu § 685 Note 2a, b und c.

Vgl. noch JDR. 1 Note 4 zu § 685 und oben zu § 516.

§ 686. 1. In bezug auf fremde Geschäfte.

Brückmann 44: Der § 686 hat sein eigentliches Anwendungsgebiet im Falle der fremden Geschäfte. Nur bei ihnen kann sich der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn im Irrtume befinden. S. auch oben zu § 677 Note I, 1 b β.

2. Bei neutralen Geschäften.

Brückmann, 60ff., hält den § 686 für überflüssig (mit Planck) und dazu angetan, Verwirrung anzurichten. Bei einem neutralen Geschäfte (wie etwa Einkauf von Waren) kann nur von einem Irrtum über die Person dessen, den man zum Geschäftsherrn machen will, gesprochen werden. S. auch oben zu § 677 Note I, 1 zu b γ unter εε.

§ 687. 1. Allgemeines.

Brückmann 27ff., 42ff. über die Bedeutung des Begriffs „für einen anderen" für die „fremden" Geschäfte des § 687. Das Gesetz verlangt zum Vorliegen einer auftraglosen Geschäftsführung im Falle des Vorliegens objektiv fremder Geschäfte, daß der Führer sich der Fremdheit bewußt ist und daß er das Geschäft auch als fremdes, nicht als eigenes behandeln will (47). Ist diesem Erfordernisse genügt, so ist das Kriterium des Handelns für einen anderen aus § 677, das aber im Falle der fremden Geschäfte, wie § 687 (Abs. 1 u. 2) ergibt, hinsichtlich zweier besonderer Kriterien zu prüfen ist (Nichtbewußtsein der Fremdheit, Nichtwissen von der Widerrechtlichkeit), gegeben; dann liegt G. o. A. vor. Ist es aber nicht gegeben, dann liegt G. o. A. durchaus nicht vor, d. h. also weder in Abs. 1 noch in Abs. 2 (50). S. das Nähere a. a. O. und oben zu § 677 Note I.

2. Abs. 1.

Brückmann, 227ff., gibt einen Überblick über die gemeinrechtliche Entwickelung und betont: daß wegen der prägnanten Formel „finden keine Anwendung" ein Zweifel darüber, daß ein Nichtgestionsfall — und nicht etwa nur eine unechte G. o. A. — vorliegt, nicht auftauchen kann. Die Sachlage ist so wenig Geschäftsführung, daß Genehmigung keinerlei heilende und tilgende Kraft besitzt. Ein Gestionsanspruch kann nachträglich nicht entstehen. Es bleibt dem Führer die ultima ratio der Kondiktionen nach §§ 812ff.

3. Abs. 2.

a) Brückmann, 222ff., insbesondere 223ff., erblickt in dem Falle des Abs. 2 keineswegs eine unechte, sondern überhaupt keine Geschäftsführung, da BGB. im Gegensatze zum gemeinen Rechte nicht einmal „der Billigkeit wegen" einen besonderen Gestionsanspruch gewährt (näheres a. a. O.). Das suspensiv bedingte Entstehen des Anspruchs aus § 684 Satz 1 ist nur scheinbar. Auch hier ist der Bereicherungsanspruch nach allgemeinen Grundsätzen von selbst gegeben (ebenso Oertmann). Der Satz 2 des Abs. 2 bedeutet nicht nur eine überflüssige Breite, sondern auch einen argen Fehler.

b) Neumann, DJZ. **01** 18: Der Gläubiger, welcher den Verkauf einer gepfändeten Sache betreibt, obwohl er weiß, daß er hierzu nicht berechtigt ist, kann gemäß § 687 Abs. 2 in Anspruch genommen werden. Dieser der dreißigjährigen Verjährung unterliegende Anspruch kann von Bedeutung werden im Falle der Vollendung der dreijährigen gemäß § 852. — S. auch Eck-Leonhard 538.

c) **RG.** JW. **03** Beil. 141: § 687 Abs. 2 betrifft nicht Fälle, in denen jemand ein fremdes Geschäft im Auftrag eines Dritten besorgt. S. o. zu § 677 Note III 3.

Zwölfter Titel.

Verwahrung.

Vorbemerkung: Monographische oder sonst eingehendere literarische Würdigung hat der 12. Titel in der Berichtsperiode nicht erfahren. Zu § 700 ist eine Abhandlung von Schweyer aus dem Jahre 1899 nachgetragen worden. In den bekannten Werken von Eck-Leonhard, Lotmar und in anderen finden sich einige Bemerkungen. Die Praxis hat einige Beiträge beigesteuert. Praktisch wichtig ist die von ihr anerkannte Haftung des Staates für Asservate (§ 688 Note 2 c), gleichzeitig auch theoretisch belehrend das Hamburger Urteil (§ 690 Ziff. 2), das dem wirtschaftlichen Kernpunkte der dort erörterten Materie durchaus gerecht werden dürfte.

Literatur: Eck-Leonhard s. die früheren Titel; Lotmar desgleichen.

§ 688. 1. Vgl. über die Natur des entgeltlichen und unentgeltlichen Verwahrungsvertrags, Lotmar 285 ff., oben das zusammenhängende Referat vor § 611.

2. Aus der Rechtsprechung.

a) Vertrag mit Gepäckträgern.

OLG. **7** 154 (Kiel): Wenn das Aufbewahren einen selbständigen Teil in der Leistung des Gepäckträgers bildet, so liegt nicht nur ein wesentlich auf Beförderung gerichteter Auftrag, sondern ein Auftrag mit gemischtem Inhalte vor. In solchen Fällen kommt eine Haftung der Eisenbahn gemäß § 37 der Eisenb.-VO. nicht in Frage.

b) Aufbewahrung in Schulen.

OLG. Rostock, MecklZ. **21** 8, Seuff. A. **58** 55 ff.: Aufbewahrung von Kleidern in staatlichen Schulen, Haftung für Verlust. Vgl. auch oben zu § 276 Note 7 c.

c) Haftung des Staates für Asservate.

Darüber, daß der Staat für den Verlust von Gegenständen, die auf gerichtliche Anordnung (z. B. § 142 ZPO.) von der Partei auf der Gerichtsschreiberei niederlegt worden sind, haftet, s. das **RG.** JDR. **1** zu § 688 Note 4, ferner **RG. 51** 219, Seuff. A. **58** 117. In ähnlichem Sinne schon vorher **RG.** JW. **01** 191 Nr. 13 und die frühere Praxis: Seuff. A. **3** Nr. 327, **5** Nr. 135, **26** Nr. 34 (Cassel, Dresden, Berlin) und **RG.** bei Bolze **3** Nr. 311 (zitiert in dem Urteile des **RG.** a. a. O.).

Die Entscheidung des **RG. 51** 219 billigt Laband, DJZ. **03** 68; er hält es für wertvoll, daß in solchen Fällen der durch das Privatrecht gegebene Schutz nicht versagt wird.

§ 689. 1. Über Lotmar 124 ff. — stillschweigende Vereinbarung — s. oben zu § 612 Note 1a.

2. Lotmar 134: Während beim Dienst-, Werk- und Mäklervertrage die Bestimmung des Entgeltumfanges durch den Arbeitnehmer (§ 316) erst dann zulässig ist, wenn keine Taxe und keine übliche Vergütung gegeben sind, greift hier der § 316 unmittelbar in Ermangelung einer vereinbarten Bestimmung Platz.

3. Leonhard bei Eck 539 Anm. 4. Daß dem Herrn der hinterlegten Waren die Räumlichkeiten zur Alleinbenutzung überwiesen, ist das unterscheidende Kennzeichen der Sachmiete gegenüber der entgeltlichen Verwahrung.

§ 690. 1. Langheineken, Anspruch und Einrede 139: Dem Eigentümer, dessen Sache ein anderer unentgeltlich in Verwahrung genommen hat, verbleibt trotz § 690 der Anspruch gegen diesen wegen jeder schuldhaften Beschädigung der Sache.

2. LG. Hamburg, HansGerZ. **03** Bleibl. 243 — s. auch unten zu 701 Note 7aβ: Eine Unentgeltlichkeit liegt bei dem zwischen einem Gastwirt und den Gästen bezüglich der Garderobe geschlossenen Verwahrungsvertrage selbst dann nicht vor, wenn er eine Garderobengebühr nicht erhält. Der Gastwirt stellt innerhalb seines Betriebs außer Speise und Trank, welche er gegen unmittelbare tarifmäßige Zahlung verabfolgt, mittelbar dem Gaste noch eine ganze Reihe von Nebenleistungen zur Verfügung, für welche er nach der Verkehrssitte eine besondere Zahlung nicht erhält: Waschräume, Aborte, Zahnstocher, Streichhölzer, Zeitungen usw.; dazu gehören auch die Aufbewahrungsräume. Deshalb sind doch alle diese Nebenleistungen nicht unentgeltlich. Die Entgeltlichkeit liegt in der hohen Prozenttaxe, welche der Gastwirt bei den einzelnen verkauften Speisen und namentlich bei jedem einzeln verkauften Getränk verdient.

§ 691. OLG. Dresden, R. **03** 263 (vgl. auch oben zu § 665 Note 2): Dem Verwahrer ist die Substitutionsbefugnis versagt, wenn sie ihm nicht ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumt ist. In dem oben bezeichneten Falle durfte der Verwahrer das Geld nicht einmal als geschlossenes Depot des Auftraggebers der Bank in Verwahrung geben, um so weniger es bei ihr zinsbringend anlegen und so sein Eigentum, statt es aufzubewahren, geradezu vernichten und gegen einen persönlichen Anspruch gegen die Bank eintauschen.

§ 692. Verändert der Verwahrer die vereinbarte Art der Aufbewahrung, ohne hierzu gemäß § 692 berechtigt zu sein, oder benutzt er die Sache, so haftet er für allen, auch den zufälligen Schaden, der ohne die Vertragswidrigkeit nicht eingetreten wäre (Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens). Neumann, Prolegomena (§ 12).

§ 693. Lotmar 138 Anm. 2: Der Ersatz kann geschuldet sein, auch wo keine Vergütung vereinbart und daher kein Arbeitsvertrag gegeben ist.

§ 695. Lotmar a) 469: In den §§ 695, 696 fällt die Arbeitszeit mit der Vertragszeit (Zeit des Bestandes des Vertragsverhältnisses) zusammen. S. auch 513/514, 559.

b) 559—560: Mit dem Eintritte der Endbestimmung endigt das Arbeitsverhältnis ohne weiteres; es besteht danach keine Verwahrungs- oder Lagerungspflicht mehr; die Sache wird aus einer zu verwahrenden zu einer nur noch zurückzugebenden. Das Vertragsverhältnis dauert nicht etwa, wie er, 560 Anm. 1, gegen Planck bemerkt, fort, bis dem Verlangen der Rückgabe oder der Rücknahme entsprochen worden ist; es wird vielmehr durch solches Verlangen geendigt. Nach der Rückforderuug des Hinterlegers ist die fernere Verwahrung keine diesem gemachte, zu vergütende Leistung. Die Rechtslage ist dieselbe wie bei der Miete, nachdem das Mietverhältnis „gekündigt" worden ist. Hiermit tritt „Beendigung des Mietverhältnisses" ein; gleichwohl ist der Vermieter wie der Verwahrer noch verpflichtet, die Sache zurückzugeben.

c) 599—600: Eine Frist, während deren der Hinterleger nicht kündigen kann, kann durch Vertrag nicht gesetzt werden. S. auch 612 Anm. 1. — Anders unten zu § 696.

§ 696. 1. Lotmar 599: Es kann bei der Kündigung aus Satz 1 sehr wohl die Einhaltung einer Frist vereinbart werden (vgl. HGB. § 422). — Anders ist für den Hinterleger zu entscheiden; s. oben § 695 zu c.

2. de Claparède, Beiträge 71 ff.: Der „jederzeitige" Rücknahmeanspruch des entgeltlichen Verwahrers scheint selbst im Falle mangelnder Zeitbestimmung nicht unbedenklich, und erklärt sich keineswegs aus „dem Zwecke des Vertrags". Entsprechend der Haftung (§ 690) sollte auch die Kündigungsbefugnis des Depositars je nach der Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit differenziert sein.

§ 697. GG. Berlin, Baum, Handbuch 169: Der Arbeiter hat sein Arbeitsbuch von dem Arbeitgeber abzuholen; der § 697 BGB. wird durch § 107 RGO. nicht berührt; dieser bestimmt nur den Zeitpunkt, an welchem der Arbeiter das Buch zurückfordern darf.

§ 699. 1. Lotmar 333: Aus den Worten „ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen" ergibt sich, daß ein Zeitlohnvertrag gemeint ist, zugleich, daß die Arbeit der Aufbewahrung durch Zeitlohnvertrag oder durch Akkord zugesagt werden kann. — S. auch über Lotmar 353 oben zu § 614 Note 1b.

2. Lotmar 513: Der dem im Abs. 1 Satz 2 behandelten entgegengesetzte Fall ist der Verwahrungsvertrag als Akkord. Nach §§ 695, 696 fällt die Dauer der Aufbewahrung mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses zusammen.

3. Lotmar 729: Über die Frage der Teilung bei Naturalvergütung s. oben zu § 634 Note 3.

§ 700. 1. Vgl. über das depositum regulare und irregulare auch die Schrift von Schweyer, Die Bankdepotgeschäfte in geschichtlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung (1899). 26 ff. über das depositum regulare, 33 ff. über das depositum irregulare. Er stellt folgenden Grundsatz auf: „Mag das depositum irregulare dem Darlehen noch so sehr ähnlich sein, den Ausgangspunkt der Entwickelung bildete das depositum, und solange es nicht vollständig mit dem Darlehensbegriffe sich deckt, muß schon mit Rücksicht auf diesen historischen Hergang, noch mehr aber im Hinblick auf die wirtschaftliche Funktion des Instituts für dasselbe Existenzberechtigung gefordert werden" (50). Er unterscheidet (51 ff.) a) das depositum zur Aufbewahrung, b) das depositum zur Verwaltung, c) das depositum zur Benutzung, d) das depositum zur Deckung, e) das Girogeschäft, f) das Sparkassengeschäft.

2. Eck 540: a) Man kann hier von einem „darlehensartigen Verwahrungsvertrage" sprechen — oder auch — meint Leonhard 540 Anm. 3 — von einem „verwahrungsartigen Darlehen", indem er als praktischen Kern hervorhebt: daß überall, wo vertretbare Sachen zum Eigentume mit Rückgabepflicht hingegeben werden, und dabei ein Verwahrungszweck untrennbar ist, die §§ 609 und 372 ausgeschlossen sind, während im übrigen das Recht des Darlehens anzuwenden ist.

b) Die Rücksendung der verwahrten Sachen geschieht auf Kosten und Gefahr des Hinterlegers (**RG. 23** 95). Eck a. a. O. 541.

c) Über das Erfordernis der Ausdrücklichkeit s. Eck 542 ff.: Bedingt der Verwahrer von Wertpapieren nur die Haftung für Nummernidentität weg, so wäre das nur ein Summendepot, kein irreguläres, ebenso beim Vermengungsdepot. Hier entsteht u. U. Miteigentum der verschiedenen hinterlegten gleichartigen Sachen. Möglich auch bei Wertpapieren (vgl. schon **RG. 21** 31 für die sogen. Giro-Effektendepots des Berliner Kassenvereins).

Ebensowenig aber wie die Ausbedingung generischer Rückgewähr ohne Eigentumsübergang ein Depositum irregulär macht, so schafft umgekehrt die Abrede des Eigentumsüberganges allein ohne die der generischen Rückgewähr auch kein darlehensartiges depositum, z. B. wenn das Eigentum nur

fiduziarisch auf den Verwahrer übertragen ist. Die erforderliche Vereinbarung ist vorhanden bei den Hinterlegungen nach dem preuß. Ges. v. 14. 3. 79. —.

d) Besonderes über das Verhältnis des § 700 zum Bankdepotgesetz v. 5. 7. 96 Eck 543—544.

Gegen Rießer und andere nimmt er an, daß trotz des § 700 mit der gültigen Ermächtigung des Hinterlegers zur Rückgewähr in genere das Eigentum an einem kaufmännischen depositum irregulare auf den Verwahrer übergeht. (Näheres a. a. O.)

3. Fall eines uneigentlichen Verwahrungsvertrags (bei hinterlegten Wertpapieren) s. BayrObLG. R. 03 576, Nr. 2921.

Dreizehnter Titel.

Einbringung von Sachen.

Vorbemerkung: Außer Siffler, der monographisch gearbeitet hat, haben insbesondere Langsdorff (§ 701 Note 3b) und Brückmann (§ 701 Note 4) interessante Fragen behandelt. Im übrigen hat im wesentlichen die Praxis die einzelnen Beziehungen weiter ausgestaltet. Für den täglichen Verkehr besonders wichtig ist die Hamburger Entscheidung (§ 701 Note 7 a β), welche den Garderobenbetrieb ein für allemal der Regel nach mit in die Gastwirtschafts-Sphäre einbezieht. Dies dürfte den Lebensverhältnissen entsprechen. Auch daß den Badeanstaltsbesitzern (§ 701 Note 7 b) die Haftung aus §§ 701 ff. erlassen wird, ist wohl nicht zu beanstanden.

Literatur: Eck-Leonhard, s. die früheren Titel. — Siffler, Das Receptum cauponum unter Berücksichtigung des schweizerischen Obligationenrechts und des BGB. für das Deutsche Reich (1903).

§ 701. 1. Dogmatisches.

Siffler: a) Nach einem geschichtlichen Überblicke wird ausgeführt: Die Haftpflicht des Gastwirts ex recepto ist nicht eine gesetzliche, sondern eine vertragliche. Sie tritt ein als Folge des ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenen Gastaufnahmevertrags, der allerdings keinen selbständigen Vertrag darstellt, sondern als Mietvertrag aufzufassen ist (Sachmiete), event. als Leihvertrag, wenn die Aufnahme unentgeltlich erfolgt (Langen).

b) Haftpflichtig ex recepto sind nur die Gastwirte, nicht aber sonstige Wirte (Restaurateure 2c.). Auch Gastwirte haften nur intra negotium, d. h. wenn sie wirklich als solche in Anspruch genommen werden.

Kriterium für den Begriff intra negotium soll die Zimmerabgabe sein. Bloßes Konsumieren berechtigt nicht zur Berufung auf das Rezeptum.

c) Es existiert kein rechtlicher Zwang zur Aufnahme der Gäste.

d) Der Gastwirt soll nur aus der Übergabe der Effekten an Leute verpflichtet werden, die im Betriebe seines Gewerbes tätig sind und auch innert dieser Grenzen nicht durch alle. Es ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu urteilen.

Es bedarf zur Begründung des Rezeptums keiner besonderen Vorweisung der Effekten, die „generalis scientia" des Gastwirts genügt. Ausnahmen werden gemacht bezüglich gefährlicher Effekten (Explosivstoffe 2c.). Für Sachen, die der Gast an sich trägt, haftet der Gastwirt nicht ex recepto.

Die Effekten des Gastes verlieren regelmäßig den Schutz des Rezeptums, sowie sie außerhalb des Hauses gebracht werden, um ihn aber sofort wieder zu gewinnen, wenn sie wieder eingebracht werden.

e) Für „vergessene" Sachen haftet der Gastwirt nicht mehr ex recepto, überhaupt hört die Wirkung des Rezeptums auf, sobald das Gastaufnahme-Vertragsverhältnis gelöst ist, und dies ist der Fall, wenn das Zimmer aufgegeben

wird. Gepäck, welches von Hotelangestellten bei der Abreise auf die Bahn gebracht wird, steht noch unter dem Schutze des Rezeptums. Nach dem Schweiz.Oblig R. haftet der Gastwirt grundsätzlich nur auf den reellen Sachwert, in höherem Umfange nur, wo ein schweres Verschulden seinerseits oder seiner „Leute" nachgewiesen werden kann. Diese Regelung des Schweiz.Oblig.R. ist sehr zu begrüßen, gegenüber der rigorosen Bestimmung des BGB., nach welchem der Gastwirt auf das volle Interesse haftet!

f) S. das. weiteres bezüglich der Ausnahmehaftung für „Wertsachen und Kostbarkeiten". Zunächst geschichtlicher Überblick über römisches und gemeines Recht. Das BGB. statuiert drei Ausnahmefälle, wo der Gastwirt auch für Wertsachen unbeschränkt haftet. Bezüglich des ersten Ausnahmefalls (Übernahme der Wertsachen in besondere Verwahrung des Gastwirts) sollte die Tendenz verfolgt werden, daß eine Übergabe wirksam nur an den verantwortlichen Leiter des Hotels geschehen kann. (Anders Planck.) Bezüglich des dritten soll der Begriff „Verschulden" in engem Sinne interpretiert, d. h. nur „unerlaubtes Handeln" als solches betrachtet werden. (Anders Planck.)

g) Die Haftpflicht ex recepto kann vertraglich ausgeschlossen werden, natürlich nur innerhalb bestimmter Grenzen (Schweiz.Oblig.R. Art. 114 Abs. 1; BGB. § 276 Abs. 2 u. § 278). Eine einseitige Ablehnung der Haftung seitens des Gastwirts (durch Anschlag 2c.) ist wirkungslos.

h) Gesetzliche Haftausschließungsgründe existieren drei.

In der Interpretation des ersten Ausschließungsgrundes (Verschulden des Gastes oder seiner Begleiter oder Dienstleute) ist das BGB. weitherziger als das Schweiz.Oblig.R. und der code. Letztere erfordern ein wirkliches Verschulden des Gastes, nach BGB. genügt es, daß der Schaden von ihm verursacht worden ist; doch darf keine „culpa sine effectu" vorliegen.

Hinsichtlich des dritten Ausschließungsgrundes (höhere Gewalt) ist im Prinzipe die objektive Theorie (Exner) vorzuziehen. Zu verwerfen ist hier das starre Erfordernis äußerer Provenienz. Das Quellenbeispiel des „incendium" spricht schon dagegen.

Die Haftung ist auch ausgeschlossen, wenn der Gast nicht unverzüglich nach Kenntnisnahme des Verlustes diesen anzeigt. Die Anzeige muß an den verantwortlichen Leiter des Hotels geschehen.

Bezüglich der in besondere Verwahrung gegebenen Sachen fällt dieser Ausschließungsgrund weg (§ 703 Satz 2). Diese Ausnahmebestimmung ist unbegründet.

2. Beginn der Einbringung.

Die Einbringung beginnt nicht nur mit der Aufnahme in das Gasthaus, sondern nach den Umständen schon mit der Übergabe der Sachen an den Führer oder Begleiter eines von dem Gastwirt an den Bahnhof gesendeten Wagens. (**RG. 1** 83). Leske 285.

3. Natur des Aufnahmevertrags. Entgeltliche und unentgeltliche Verwahrung.

a) OLG. **6** 227 BraunschZ. **50** 62 (Braunschweig): Mit der Aufnahme kommt nicht gerade ein Verwahrungsvertrag zustande, aber doch ein nach den allgemeinen Grundsätzen über obligatorische Verträge zu behandelnder Vertrag, auch wenn der Wirt oder seine Leute im einzelnen Falle noch nicht darum wissen: der Wirt hat darauf verzichtet, daß die — mit dem Einstellen erfolgende — Annahme des von ihm an jeden Gast gerichteten Vertragsantrags ihm gegenüber erklärt wird (§ 151).

b) Langsdorff, DJZ. **03** 334ff. führt aus: Ob die betreffende Klage im Einzelfall als Klage aus einer unerlaubten Handlung oder als Vertragsklage

aufzufassen ist, hängt von den Umständen ab. Der Unterschied wird von Bedeutung, sobald es sich um ein Verschulden eines Angestellten handelt (§ 278, § 831). Hat der Wirt die Aufbewahrung von Sachen besonders übernommen, so finden die §§ 688—700 Anwendung, die Beweislast trifft den Wirt. Was die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit anbelangt, so ist nicht entscheidend, ob für die Aufbewahrung eine besondere Gebühr zu entrichten ist; regelmäßig ist anzunehmen, daß sie eine Leistung des Wirtes ist, welche durch die Zahlung der Speisen und Getränke mit vergütet wird. (S. auch o. zu § 690 Note 2 und u. zu Note 7 a β.) Im Falle, daß ein Stallbesitzer zugleich Fremde zu beherbergen pflegt und der Besitzer der eingestellten Pferde und Wagen in der gleichen Wirtschaft als Gast absteigt, erstreckt sich die Haftung des Wirtes aus § 701 auch auf die eingebrachten Pferde und Wagen. (Prot. d. II. Kom.; **Planck**, Vorbem. z. § 701 Anm. 1 u. 2.)

Nimmt der Besitzer der Pferde usw. in dem Gasthause keine Unterkunft, oder gewährt der Stallwirt dem Begleiter nur ausnahmsweise Unterkunft, ohne aus der Unterbringung ein Gewerbe zu machen, so ist die Haftung des § 701 ausgeschlossen. — Im Falle der unentgeltlichen Einbringung kann ein Auftragsverhältnis (§§ 662 ff.) oder ein Verwahrungsvertrag vorliegen. Ersteres ist die Regel; andernfalls kommen §§ 688, 690 in Frage. Ist die Einbringung — wie regelmäßig — eine entgeltliche, so ist der Vertrag Miet- oder Verwahrungsvertrag. Die Unterscheidung ist bedeutsam wegen der verschiedenen Beweislast und der Haftung Dritten gegenüber. (Näheres a. a. O.)

Verwahrung liegt vor, wenn der Besitzer des Pferdes bei der Einbringung die Sorge für den Verbleib usw. des Tieres dem Stallwirt oder dessen Leuten überläßt, sowie, wenn er für das Pferd einen bestimmten Verschlag im Stalle angewiesen erhält.

In den Grenzfällen (wenn der Wirt trotz Anweisung des Platzes) die Wartung des Pferdes besorgt usw., sind die Grundsätze des Mietvertrags anzuwenden.

c) LG. Mainz, HessRspr. **4** 125: Die strenge Haftung des Gastwirts tritt nicht ein hinsichtlich derjenigen Sachen, welche auf Grund des gesetzlichen Pfandrechts von dem Gastwirt zurückbehalten sind. Die Haftung richtet sich nach §§ 1215, 1257. Die Pflicht des § 1215 ist begrifflich die nämliche wie die im § 688. Doch finden die Vorschriften des Verwahrungsvertrags nur entsprechende Anwendung. Deshalb kann die je nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit verschieden gestaltete Haftung nicht herangezogen werden. Es ist deshalb auch gleichgültig, ob der Gastwirt für die in Ausübung seines Pfandrechts erfolgte Verwahrung ein Entgelt zu beanspruchen hat oder nicht. Der Pfandgläubiger haftet daher nach § 276.

4. Begriff des „Verlustes".

Brückmann, A.bürgR. **23** 337 ff.: Der § 701 bildet die wertvollste Belegstelle für die der herrschenden Ansicht entgegengesetzte Auffassung von dem Begriffe der „verlorenen Sache", — s. unten zu §§ 965 ff. —, nach der es lediglich auf die wirtschaftliche, tatsächliche Entfremdung und nicht auf den Verlust des juristischen Besitzes ankommt. Im Falle des § 701 erkennen die meisten Schriftsteller, insbesondere aber **Langen** — s. IDR. **1** zu § 701 Note 1 — (37, 38) an, daß die Sachen schon dann als verloren bezeichnet werden können, wenn der Gastwirt außerstande ist, ihre Rücknahme in naher und absehbarer Zeit zu gewähren, daß das vernünftige Ermessen und die Rücksicht auf das Bedürfnis rascher Abwickelung maßgebend seien, — also rein wirtschaftliche Momente —. Allein **Langen** meint, der Begriff des Verlustes gehe hier weiter als im § 935 Abs. 1. Dies ist, führt **Brückmann** aus, willkürlich. (S. auch u. zu § 935.) Die Terminologie (339) bietet nichts Beweiskräftiges. Ferner aber liegt ein einheitlicher

Verlustbegriff dem BGB. zugrunde, der sich nur dadurch jeweilig differenziert, daß er sich biegsam den einzelnen Verhältnissen anschmiegt. Das Tatbestandsmerkmal des „Verlustes“ oder „Verlorenseins“ muß von den besonderen Verhältnissen aus untersucht und anders entschieden werden, wenn Sachen bei Gastwirten, anders, wenn sie bei beliebigen Privatleuten abhanden kommen. Doch ist das Ergebnis, das Verlorensein, immer das gleiche, und die nach § 701 als verloren qualifizierten Sachen nehmen an dem allgemeinen Schicksal aller „verlorenen Sachen“ teil. — Im folgenden (340 ff.) über den inneren Grund, der es auch berechtigt erscheinen läßt, daß diese Sachen an dem Schutze des § 935 teilnehmen. Das Interesse vermittelt der § 255. Der Gastwirt, der nur gegen Abtretung des Herausgabeanspruchs zum Ersatze verpflichtet ist, hat ein dringendes Interesse, daß der Gast bzw. der Eigentümer, der Verlierer oder sonst Berechtigte das Eigentum an der Sache behält und sich erhält (näheres a. a. O.). Am bedeutungsvollsten am § 701 ist: daß durch ihn bestätigt wird, daß Sachen verloren gehen können in einem Hause, in befestigten Besitzständen, daß für die Begriffsfeststellung gar nicht erst gefragt wird, ob noch Besitz im juristischen Sinne besteht oder nicht besteht.

5. Höhere Gewalt. Vgl. IDR. **1** zu § 701 Note 1f, 2.

a) Bezüglich des Begriffs der höheren Gewalt vgl. Neumann, Prolegomena § 14, auch 201; über die Haftung der Gastwirte nach römischem Rechte 117 ff.

b) Leonhard bei Eck 545 Anm. 1 bemerkt unter Bezugnahme auf **RG. 44** 31 zu dem Begriffe „Höhere Gewalt“: Höher ist eine Gewalt, wenn sie über derjenigen liegt, die in einem bestimmten Falle eine Haftung rechtfertigt. Unter welchen Bedingungen dies anzunehmen ist, bleibt jedesmal besonders zu untersuchen, wo von einer „höheren Gewalt“ die Rede ist.

6. Mitwirkendes Verschulden des Gastes. S. IDR. **1** zu § 701 Note 1g.

a) Bienenfeld — s. oben zu § 254 Note 6b — Seuff. Bl. **68** 493: Da im § 701 wie § 833 der Nachweis eines Verschuldens nicht erfordert wird, so muß dem Beklagten der Nachweis eigenen „Verschuldens“ des Beschädigten als Haftbefreiungsgrund überhaupt versagt oder als Gegenbeweis in bezug auf die Verursachung zugebilligt werden. Nur dies letztere ist möglich, weil die Grundlage der Schadenshaftung die Verursachung ist, das BGB. im § 254 in allen Fällen schon die bei der Entstehung des Schadens unterlaufende Mitwirkung eines „Verschuldens“ des Beschädigten berücksichtigt, also um so mehr das alleinige „Verschulden“ des Beschädigten, die ausschließlich, ganz, bei ihm selbst liegende Verursachung nicht unbeachtet lassen will. Dies bestimmt denn auch § 701 ausdrücklich.

b) Rechtsprechung.

α. Zum Ausschluß der Haftpflicht ist nicht notwendig, daß den Gast, der den Schaden verursacht hat, ein Verschulden treffe, es genügt aber nicht, daß eine Handlung des Gastes bei der Entstehung des Schadens lediglich mitgewirkt hat oder hat mitwirken können. OLG. Frankfurt, R. **03** 128 Nr. 615.

β. OLG. **6** 442 ff. (Stettin): Daß ein Gast die Fenster des Parterrezimmers in dem Hotel eines Badeorts offen, die Zimmertür unverschlossen, den Schlüssel von draußen stecken läßt oder neben der Zimmertür aufhängt, stellt sich nicht als ein fahrlässiges Verhalten bezüglich der Aufbewahrung des in dem im Zimmer befindlichen verschlossenen Reisekorbe liegenden Geldes dar. Damit, daß dieser erbrochen oder sonstwie von einem Unbefugten könnte geöffnet werden, braucht er nicht zu rechnen.

7. Einzelne Fälle.

a) Verlust in Gasthöfen usw.

α. Der Gastwirt haftet dem Gaste für den Schaden, den er durch den Verlust einer in den Gasthof eingebrachten Sache erleidet. Wenn ein Kellner diese Sache im Gasthofe findet, hat er infolge seines Dienstverhältnisses keinen Anspruch auf Finderlohn. Schäfer, Seuff. Bl. **68** 4—6. Vgl. auch u. zu §§ 965 ff.

β. LG. Hamburg, HansGZ. **03** Beibl. 242 (s. auch o. zu § 690, Note 2:) Gäste, die in einem Restaurant oder Gesellschaftshause verkehren, dürfen davon ausgehen, daß die mit dem Betriebe der eigentlichen Gastwirtschaft verbundenen Nebeneinrichtungen, wie Aborte, Waschräume, Garderobe, von dem Gastwirte mit unterhalten werden, und daß er durch die Herstellung und Unterhaltung dieser Räume dem Publikum gegenüber die Gewähr übernimmt und übernehmen will, daß durch die Benutzung derselben den Benutzern ein Schaden nicht entsteht. Aufsichtspersonen, die zur Leitung oder Überwachung des Betriebs in solchen Räumen angestellt sind, sind als Hilfspersonen im Gewerbetriebe des Gastwirts anzusehen, für deren Versehen der Gastwirt haftet. Nicht mit der zufällig im Garderobenraum anwesenden Person, sondern mit dem allgemein bekannten Inhaber, dem Gastwirte, will der Gast den Aufbewahrungsvertrag schließen. Und der Gastwirt gibt entsprechender Willensmeinung durch Schaffung der betr. Einrichtungen Ausdruck. Andernfalls muß er durch eine besondere Anzeige den Gästen bekannt geben, daß der Garderobenbetrieb nicht von ihm, sondern von einem Dritten unterhalten werde. In gleichem Sinne AG. Hamburg, ebenda 241.

γ. OLG. Köln, R. **03** 527 Nr. 2649: Auch für den Verlust in dem zu den Gasthofräumen gehörigen Restaurationsgarten haftet der Wirt. Für liegengebliebene Sachen, die sich nicht an einem zur Aufbewahrung bestimmten Orte befinden, haftet er nicht.

b. Badeanstaltsbesitzer.

HansGerZ. **03** Beibl. 101 ff., OLG. **6** 443 ff. (Hamburg): Badeanstaltsbesitzer als solche sind nicht Gastwirte im Sinne der §§ 701 ff., auch nicht einmal Zimmervermieter, selbst wenn sie den Mietern Beköstigung gewähren, ohne weiteres. Es ist jedesmal nach den Umständen des einzelnen Falles, insbesondere nach den den Badegästen zur Verfügung gestellten Einrichtungen zu entscheiden, was in Ansehung des Schutzes der von den Gästen in der Badekabine abgelegten Gegenstände als stillschweigend vereinbart zu unterstellen ist. Die zur Verfügung gestellten Einrichtungen müssen ordnungsmäßig funktionieren, der Verkehr kontrolliert und der Zutritt nur zu Badezwecken gestattet, der Eingang genügend überwacht, Unberufene müssen ferngehalten werden; etwa verschließbare Kabinen müssen ordentliche Schlösser haben. (Im fraglichen Falle hatte der Besitzer durch Plakate seine Haftung abgelehnt, der Geschädigte den Gegenstand in einer unverschließbaren Kabine aufgehängt und von der gebotenen Hinterlegungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Die Klage ist abgewiesen).

§ 703. 1. OLG. **6** 443 (Stettin), — s. auch oben zu §§ 701 Note 6b: Es ist nicht erforderlich, daß die Anzeige stets dem Wirte selber gemacht wird. (Fall einer Anzeige an den Oberkellner „beim Frühstück" und Weitergabe der Mitteilung an die im Gewerbe des Wirtes tätige Frau.)

2. Eck 545: Der Beweis für die unterbliebene Anzeige ist trotz seiner Schwierigkeit vom Wirte zu verlangen.

Vierzehnter Titel.

Gesellschaft.

Vorbemerkung (zum 14. u. 15. Titel): Die im Vorjahr eingehend berücksichtigte Monographie Knokes ist nach wie vor die einzige Gesamtdarstellung des Gesellschaftsrechts

Einzelfragen sind vielfach im Anschluß an das Vereinsrecht behandelt (so der Aufsatz von Leist); auch befassen sich Doktordissertationen mit Vorliebe mit den Problemen des Gesellschaftsrechts. Im vorliegenden Jahrgang ist zahlreiches Material aus den Jahren 1900—1902 nachgetragen worden. Hervorzuheben ist die eingehende Untersuchung Weilands über die Gesellschaftsschulden. Dagegen sind zu dem Titel über die Gemeinschaft Streitfragen weittragender Art oder umfangreiche Erörterungen nicht zu verzeichnen. —

Literatur: Rettig, Die stille Gesellschaft des HGB. und die Gesellschaft des BGB. (1902). — Weiland, Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschulden und gesellschaftsähnlichen Verbindlichkeiten im BGB. (1902; Bonner Diss, auch sep.), sowie zahlreiche weitere Dissertationen, die sich mit der Anwendbarkeit der Vorschriften über die gegenseitigen Verträge, der Haftung für die Gesellschaftsschulden, der Aufnahme von Gesellschaftern beschäftigen.

§ 705. 1. Begriff und Wesen, Voraussetzungen der Gesellschaft (s. IDR. **1** § 705 Ziff. 1).

a) Löffler, RheinNotZ. **01** 154 ff.: Die Gesellschaft setzt Vertrag und gemeinschaftlichen Zweck, nicht notwendig gemeinschaftliches Vermögen, die Gemeinschaft gemeinschaftliches Vermögen, nicht notwendig Vertrag oder gemeinschaftlichen Zweck voraus. Letztere wird zur Gesellschaft, wenn die Gemeinschafter durch Vertrag sich zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes in einer bestimmten Weise verpflichten (155). Erwerben mehrere Geschwister ein Ackergut zu gemeinschaftlichem Betriebe (einerlei ob durch Übernahmevertrag oder in der Zwangsversteigerung), so ist ihr Verhältnis untereinander Gesellschaft. Zweck: der gemeinschaftliche Betrieb, Beiträge: Dienst oder die Hergabe des Kapitalanteils zum Erwerb (156 f.).

b) OLG. **6** 445 (Dresden): Es ist unrichtig, aus § 241 BGB. zu folgern, daß die Gesellschaft kein Schuldverhältnis sei, sondern nur eine Mehrheit von solchen begründe, die, je nachdem sie vor oder nach dem 1. 1. 00 entstanden seien, dem alten oder neuen Rechte unterstünden. Die Eigenschaft der Gesellschaft als eines „Schuldverhältnisses" folgt schon aus der Stellung der für sie maßgebenden Vorschriften in dem „das Recht der Schuldverhältnisse" behandelnden 2. Buche unter dem die „einzelnen Schuldverhältnisse" behandelnden 7. Titel. (Auch die Nichterwähnung in Art. 170 EG., der der Gemeinschaft nach Bruchteilen besonders gedenkt, spricht dafür).

c) **RG.** IW. **03** Beil. 16: Die Gesellschaft setzt nicht notwendig ein Gesellschaftsvermögen voraus, aber die Beiträge müssen begrifflich gemeinschaftliches Vermögen werden.

d) Über das Verhältnis von Dienstvertrag und Gesellschaft vgl. o. zu § 611 Note 2.

e) Über das Verhältnis des Gesellschaftsvertrags zum Arbeitsvertrage s. Lotmar o., das zusammenhängende Referat zu §§ 611 ff., 631 ff.

f) Weiland glaubt unter Ablehnung der Erklärungsversuche von Adler, Laband und Gierke nach Lage des positiven Rechtes auf eine Formulierung „der gesamten Hand" verzichten zu müssen (41), da es sich nicht um einen Begriff, sondern um eine Allgemeinvorstellung handele, und die unbestreitbare Tatsache, daß der Umfang der gesamten Hand sich danach richte, inwieweit sie im Einzelfalle vom positiven Rechte anerkannt werde, notwendig alle Versuche, aus ihr selbständig eine Folgerung für das positive Recht abzuleiten, von vornherein als verfehlt erscheinen lasse.

2. Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag? (s. IDR. **1** § 705 Ziff. 2). Rettig (18) ist zwar grundsätzlich der Auffassung, daß die §§ 320 ff. auch auf die Gesellschaft Anwendung finden (entgegen der von Dernburg vertretenen Ansicht, daß diese sich nur auf solche Verträge bezögen, bei denen ein Austausch der Leistungen stattfinde); kommt aber tatsächlich zu dem Ergebnisse,

daß bei der besonderen Natur der Gesellschaft die §§ 320, 321, 323, 334 f. nicht auf sie angewendet werden könnten.

Der Gesellschaftsvertrag ist kein „gegenseitiger Vertrag". Infolgedessen finden die §§ 320 ff. auf ihn keine Anwendung. Titze, Unmöglichkeit 309 ff. und KrVSchr. **45** 341 ff.

3. Ein Gesellschaftskonkurs ist nicht zulässig. §§ 209, 213 KO. sind erschöpfend, geben nicht nur Beispiele. Das BGB. zählt unter den Auflösungsgründen der Gesellschaft den Gesellschaftskonkurs nicht auf. Weiland 90; ebenso Rettig 44, der darauf hinweist, daß die Gesellschaft nicht rechtsfähig ist und § 213 KO. nicht notwendig gewesen wäre, wenn das Gesetz allgemein den Gesellschaftskonkurs zugelassen hätte.

4. Ausschluß von der Beteiligung am Verluste. Rettig 26: Unzulässig ist die Zusicherung einer festen Verzinsung der Einlage dergestalt, daß der Gesellschafter nie mehr und nie weniger zu beanspruchen hat, hier fehlt die im § 705 geforderte Gemeinschaftlichkeit des Gesellschaftszwecks. Garantie eines Mindestgewinns ist dagegen zulässig (24). Für Unzulässigkeit der societas leonina v. Borch (Recht d. stillen Gesellschaft i. s. Verhältnisse zum Gesellschaftsrechte des BGB., Diss. 01) 49: Er hält den Ausschluß aller Gesellschafter vom Gewinne, z. B. für einen wohltätigen oder wissenschaftlichen Zweck, für zulässig. Müller (Haftung der Gesellschafter, Diss. 03) 6, weist darauf hin, daß die soc. leon. als Schenkungs- oder Garantieversprechen Gültigkeit haben könne.

RG. JW. **03** Beil. 16, Gruchots Beitr. **47** 403: Die Vereinbarung, daß ein Gesellschafter von der Beteiligung am Verlust ausgeschlossen sein soll, ist zulässig.

5. a) Francke, R. **03** 11: Eine Streitgenossenschaft ist stets eine Gesellschaft des BGB., nicht nur, wenn sie auf ausdrücklicher Vereinbarung beruht, sondern auch wenn die Beteiligten durch eine gegen sie gerichtete einheitliche Klage oder infolge eines zwischen ihnen bestehenden Gesellschafts- oder ähnlichen Verhältnisses Streitgenossen wurden. Hier ist stillschweigender Vertragsschluß anzunehmen. Die Streitgenossen verfolgen immer nach den §§ 59, 61, 68, 100 ZPO. nicht nur im Rahmen desselben Verfahrens, sondern auch auf gemeinschaftliche Kosten das Ziel entweder derselben oder des gleichen Rechtsanspruchs.

b) Rosendorff, Holdheims MSchr. **11** 59, erklärt die Bohrgesellschaften, welche durch Ausgabe von Anteilscheinen die Mittel aufbringen, um durch Bohrungen festzustellen, ob der Ausbeutung würdige Stoffe in der Erde lagern, um, wenn sie fündig geworden, sich in Aktiengesellschaften oder Gewerkschaften umzuwandeln, für nicht rechtsfähige Vereine (nicht für Gesellschaften).

6. Kiepert, Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken nach dem BGB. 1903, untersucht, inwieweit die rechtlichen Beziehungen zwischen Spendern, Sammlern und Empfängern unter Titel 14 oder 15 BGB. fallen. Ein Sammelunternehmen liegt dann vor, wenn eine Mehrheit von Personen in der Absicht einer Freigebigkeit für irgendwelche Personen oder Zwecke Spenden beitragen und in der Hand einer Person oder Personenmehrheit zu einem Vermögen vereinigen, damit diese es den Bedachten oder dem Sammelzwecke zuführen (4). Das Verhältnis zwischen Spender und Sammlern ist kein Gesellschaftsvertrag (doch kann ein solcher vorliegen, wenn es sich um private Sammlungen in kleinem bestimmten Kreise handelt, oder um Sammlungen, deren Genuß den Spendern selbst zugute kommt 24 f.), denn die Spender sind nicht gewillt, ein Rechtsverhältnis gegenseitiger Verpflichtung einzugehen (21). Auch würde es, bei der Unbegrenztheit ihrer Zahl, an einer Möglichkeit fehlen, ihre Mitgliederrechte zu betätigen (22). Dagegen bilden die Spender im Verhältnisse zu den Sammlern eine Gläubigergemeinschaft, und gegenüber den Bedachten eine

Schuldnergemeinschaft. Maßgebend ist für erstere Verhältnisse, soweit es sich um eine Sammlung für Personen handelt und die Leistungen an diese teilbar sind, der 15. Titel, soweit eine Sammlung für andere Zwecke und damit unteilbare Leistungen in Frage stehen, § 432 des BGB. (52 ff.). Die Empfänger stellen, soweit sie aus dem zwischen Spender und Sammlern geschlossenen Vertrag als berechtigt anzusehen sind (32 ff.), eine Gläubigergemeinschaft nach Titel 15 dar (67).

Die Beziehungen zwischen den verschiedenen Sammlern sind nach Titel 14 zu beurteilen (45). Zweck der Gesellschaft: Erreichung des Sammelzwecks; Beiträge: die Mitwirkung zur Erreichung; Vermögen: die Sammelergebnisse. Vgl. auch o. zu § 54 Note 2.

7. Gesellschaftsschulden s. IDR. 1 zu §§ 718 Ziff. 3, 4, 713 Ziff. 3.

a) Müller, Haftung der Gesellschafter nach dem BGB., Diss. Leipzig (03) 15: Gesellschaftsschulden sind die Verbindlichkeiten, welche die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit und ihrer Eigenschaft als Gesellschafter treffen; Privatschulden diejenigen, für die nur der einzelne oder zwar alle Gesellschafter, aber ohne Rücksicht auf das zwischen ihnen bestehende Gesellschaftsverhältnis haften (63). Für erstere haften die Gesellschafter mit dem Gesellschafts- und mit ihrem Privatvermögen; eine Änderung der Haftung kann nicht durch Aufnahme einer Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag, sondern nur durch Vereinbarung mit dem beteiligten Gläubiger bewirkt werden (35). Die Vollmacht der geschäftsführenden Gesellschafter kann dagegen allgemein, auch mit Wirkung gegen gutgläubige Dritte dahin beschränkt werden, daß sie die Gesellschafter nur in Höhe des Gesellschaftsvermögens verpflichten können (eine entgegengesetzte Gesetzesbestimmung fehlt). Doch kann u. U. aus den §§ 157, 242 BGB. eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter zu folgern sein.

b) Weiland unterscheidet zwischen Gesellschaftsschulden und gesellschaftsähnlichen Verbindlichkeiten, für die verschiedene Regeln hinsichtlich der Haftung, Aufrechnung und Zwangsvollstreckung gelten. Er führt aus: Der Begriff „Gesellschaftsschuld" (rect. Schulden der Gesellschafter), welcher auf einen Kausalzusammenhang zwischen Schuld und Gesellschaftszweck hinweist (5), deckt sich nicht mit den im § 733 genannten „gemeinschaftlichen Schulden" der Gesellschafter und ist aus dem Gesetze, Paragraph cit. u. § 736 ZPO., zu entwickeln. Aus § 736 ergibt sich: Während des Bestehens der Gesellschaft haftet das Gesellschaftsvermögen ausschließlich dritten Personen (die Zwangsvollstreckung setzt einen Titel gegen „alle Gesellschafter" voraus; einen solchen kann aber ein Gesellschafter als Kläger der Gesellschaft gegenüber nicht erwirken) und zwar nur für Gesamtschulden der Gesellschafter (ein Schuldtitel, den man gegen die Gesamtheit der Anteilschuldner erwirbt, ist kein gegen alle Gesellschafter ergangener Titel, sondern lediglich eine Vereinigung der gegen die einzelnen gerichteten Sondertitel), für diese aber ohne Rücksicht auf ihren Zusammenhang mit dem Gesellschaftszwecke (das Gesetz enthält keine diesbezügliche Einschränkung) (13). —

c) Bezüglich des letzten Punktes abweichend Cosack, Scherer, Schuldverhältnisse, Wildt, Verhältnis der Gesellschaftsschulden zu den Privatschulden eines Gesellschafters, Diss. Freiburg (1900) 24, da sonst das Recht der Gesellschaftsgläubiger (!) auf abgesonderte Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen illusorisch werden könnte. — Weiland: Aus § 733 folgt, daß die Auseinandersetzung nur interner Natur ist (Wortlaut im Vergleiche mit §§ 145, 146 Ziff. 2 HGB.; kein Sperrjahr, keine Liquidatoren), die Gesellschafter also auch nur gehalten sind, die auf den Gesellschaftszweck bezüglichen Verbindlichkeiten zu berichtigen, diese aber, einerlei, ob sie Gesamt- oder Teilverbindlichkeiten sind. Daneben bleibt den Gläubigern die Zwangsvollstreckung wegen anderer Gesamtverbindlichkeiten unbenommen (19).

Tatbestandsmerkmale der Gesellschaftsschulden sind sonach Haftung des Gesellschaftsvermögens und Gemeinsamkeit der Belastung (14). Im einzelnen ergibt sich (25 ff.):

α. Gläubiger einer Gesellschaftsschuld kann nur ein Dritter sein.

β. Die Gesellschaftsschuld umfaßt:

αα. im internen Verhältnisse der Gesellschafter: die der Gesellschaftssphäre angehörenden Verbindlichkeiten;

ββ. im externen Verhältnisse zu den Gläubigern: außer den zu a) genannten die nicht im Geschäftsbetriebe der Gesellschaft entstandenen Gesamtschulden (22).

γ. Die Struktur der Gesellschaftsschuld richtet sich nach den für die gewöhnliche Schuldnermehrheit geltenden Regeln.

δ. Die Gläubiger können wegen Forderungen gegen die Gesellschaft nur insoweit in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken, als es sich um Gesamtverbindlichkeiten handelt. —

Die Verbindlichkeiten, die, „der Gesellschaftssphäre angehörend, an sich zwar alle Genossen gemeinsam belasten, aber durch den Umstand, daß ein Gesellschafter der Berechtigte ist, zu einer Schuld der übrigen werden", treten neben die Gesellschaftsschulden als „gesellschaftsähnliche Verbindlichkeiten" (34). Sie sind ihrer Struktur nach Teil-, nicht Gesamtschulden, es hat also, einerlei, ob sie darauf beruhen, daß die Schuld mit der Forderung sich in der Person eines Gesellschafters vereinigt hat, oder darauf, daß ein Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld berichtigt und deshalb eine Regreßforderung an die übrigen hat, stets eine anteilsmäßige Ausgleichung stattzufinden (42).

Bezüglich der Haftung ergibt sich folgendes: Für die Gesellschaftsschulden können die Gläubiger nach ihrer Wahl das Gesellschaftsvermögen oder die Privatvermögen der Gesellschafter in Anspruch nehmen (45). Wildt a. a. O. 20 folgert aus der Natur der Sache und analoger Heranziehung des § 735, daß die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen nur subsidiär haften. (Ähnlich Cosack II 369; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 29.) Weiland verweist demgegenüber, daß § 735 sich nur auf das innere Verhältnis der Gesellschafter zu einander und die Auseinandersetzung bezieht. Dies führt er auch gegen Scherer aus, der (999) die Gesellschafter nur anteilig nach Maßgabe ihrer Teilnahme am Gesellschaftsverluste haften lassen will. Die Haftung kann beschränkt werden (47), doch muß der Dritte vor der Vornahme der Rechtshandlung Kenntnis von der Beschränkung haben. Treten die Gesellschafter dem Dritten nicht in Person, sondern durch einen Vertreter handelnd gegenüber, so genügt es, daß die Beschränkung dem letzteren bekannt war (50). Sie ist deliktischen Gesellschaftsschulden gegenüber nicht wirksam. Eine vertragliche Änderung dieser Haftung verstößt u. U. gegen die guten Sitten. Nach § 831 Satz 2 ist, wenn auch nur ein einziger Gesellschafter die diligentia in eligendo nachweist, die Haftung des Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen, da dieses nach § 736 ZPO. nur auf Grund eines Titels gegen alle Gesellschafter in Anspruch genommen werden kann. War der Vertreter nicht einstimmig, sondern durch die Majorität bestellt, so wirkt der durch die Majorität geführte Exkulpationsbeweis gegebenenfalls auch für die Minorität dahin, daß ihre Privathaftung ausgeschlossen wird (52 f.).

Für die gesellschaftsähnlichen Schulden haften ebenfalls die Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen — allerdings kann wegen § 736 ZPO. in dasselbe nicht zwangsvollstreckt werden — und ihrem Privatvermögen (54). Letzteres wird in der Literatur (Weiland zitiert Dernburg, Kompensation (2) 449, Knoke 36, Planck §§ 714 Ziff. 2, 713 Anm.) bestritten, weil die Privathaftung sich als eine, wenn auch indirekte Erhöhung der Beiträge darstellen würde.

Weiland hält dies für unrichtig, da § 707 nur unmittelbare Nachzahlungen ausschließen wolle und daher keine Schlüsse darauf zulasse, inwieweit ein Gesellschafter mit seinem Privatvermögen für eine mit der Gesellschaft im Zusammenhange stehende Schuld in Anspruch genommen werden könne (55 f.), s. jedoch auch zu § 707. Zahlt ein Gesellschafter den auf ihn entfallenden Anteil einer gesellschaftsähnlichen Schuld, so erwirbt er einen bei der Auseinandersetzung zu berücksichtigenden Ersatzanspruch gegen das Gesellschaftsvermögen (57). Auch hier kann die Haftung beschränkt werden. Wirksamkeitserfordernis ist die Zustimmung des Berechtigten, die im Falle vorheriger Kenntnis, z. B. wenn die Beschränkung im Gesellschaftsvertrage steht, präsumiert wird (57). —

8. Die Gesellschaft im Prozesse.

a) Weiland: Da die Gesellschaft nicht rechts- und damit parteifähig ist, muß eine gegen sie als solche gerichtete Klage abgewiesen werden. Die Klage muß sich notwendig gegen die Gesellschafter in Person richten. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sie sowohl in ihrer spezifischen Eigenschaft als Gesellschafter wie als Privatverpflichtete in Anspruch genommen werden. In ersterer Hinsicht sind sie stets notwendige Streitgenossen, in letzterer nur dann, wenn es sich um eine Gesamtverbindlichkeit handelt (79). Ist die Privathaftung eines oder sämtlicher Gesellschafter ausgeschlossen, so bedarf es der Aufnahme eines diesbezüglichen Zusatzes im Urteile. Scheidet ein Mitglied bei Lebzeiten aus der Gesellschaft aus, so scheidet es aus einem anhängigen Prozeß aus, soweit das Gesellschaftsvermögen in Frage steht, indem jetzt zur Zwangsvollstreckung in dieses ein gegen die verbliebenen Gesellschafter ergehendes Urteil genügt (94). Soweit er als persönlicher Schuldner in Anspruch genommen war, bleibt der Prozeß gegen ihn anhängig; war die Klage gegen den Geschäftsführer gerichtet, so erlischt dessen Vollmacht für den Ausgeschiedenen; infolgedessen kann eine Unterbrechung des Prozesses in dessen Person eintreten (95).

b) Müller a. a. O. (32) hält einen gegen die Gesellschaft als solchen gerichteten vollstreckbaren Titel für unzulässig. Wildt a. a. O., der der Gesellschaft formelle Parteifähigkeit i. S. Wachs beilegt und ihre Rechtslage sehr derjenigen der offenen Handelsgesellschaft nähert, hält einen solchen Titel zwar für zulässig, aber für nicht geeignet zur Zwangsvollstreckung.

c) Leske 290 Anm. 9, unter Berufung auf **RG. 39** 286 Note 73; die geschäftsführenden Gesellschafter gelten im Zweifel auch als zur Prozeßführung ermächtigt; im übrigen müssen sonst sämtliche Gesellschafter gemeinschaftlich verklagt werden, nicht die Gesellschaft als solche unter ihrem Namen, denn diese ist nicht parteifähig.

Ähnlich Weiland (81), der hervorhebt, daß die Partei- und richterlichen Eide, über deren Zu- und Zurückschiebung der Geschäftsführer zu entscheiden hat, von sämtlichen Gesellschaftern selbst zu leisten sind.

§ 706. Hetzel, Haftung der Gesellschafter nach BGB. usw., Diss. Leipzig (01), will die Vorschriften über die Miete auf die quoad usum eingebrachten Sachen unter Hinweis auf Mot. II 600 nicht anwenden, sondern die allgemeinen Vorschriften über Verzug und verschuldete Unmöglichkeit. S. JDR. **1** § 706 Ziff. 3.

§ 707. Rettig 25: Die Gesellschafter sind zur Erhöhung ihrer Einlage nicht berechtigt, weil mit der Erhöhung häufig die Geschäfte der Gesellschaft zunehmen und damit das Risiko, welches regelmäßig alle Gesellschafter und nicht nur der seine Einlage einseitig erhöhende zu tragen haben.

Weiland 22 f.: Die Gesellschafter sind trotz § 707 u. U. zu Nachschüssen verpflichtet. Wird nach § 736 ZPO. auf Grund einer zur Gesellschaftssphäre gehörenden Verbindlichkeit in das Gesellschaftsvermögen zwangsvollstreckt, so tritt

eine Verpflichtung zum Nachschusse nicht ein, weil dies für die Genossen eine „Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage" bedeuten würde. Ist dagegen die Zwangsvollstreckung wegen einer nicht societatis causa entstandenen Verbindlichkeit erfolgt, so ist ein Anspruch der Gesellschafter untereinander auf Deckung des Verlustes gegeben. Auf solche Fälle will § 707 sich nicht beziehen, dies erhellt aus der korrespondierenden Verneinung einer Beitragserhöhung. Wie die Beiträge durch den Gesellschaftszweck bedingt sind, muß auch der Verlust, zu dessen Deckung ein Gesellschafter nicht gezwungen werden kann, sich aus der Verfolgung des Gesellschaftszwecks herleiten. Denn § 707 hat lediglich die Tendenz die Minorität beim Fehlschlagen von Spekulationen vor einer Majorisierung durch Nachschußzwang zu bewahren.

§ 713. Rettig (23) will, gestützt auf § 157, den Gesellschaftern einen Ersatzanspruch für solchen Schaden gewähren, der sich unmittelbar „aus den im Interesse der Gesellschaft unternommenen Ausführungshandlungen, die sie den Umständen nach für erforderlich halten durften", ergeben hat. Ebenso Dernburg II 375; Oertmann 404. Vgl. JDR. **1** zu § 713 Ziff. 1.

Entnimmt ein Gesellschafter ohne Zustimmung der Mitgesellschafter der Gesellschaftskasse einen Betrag, und erwirbt damit, ohne dazu befugt zu sein, Gegenstände für die Gesellschaft, so wird er nur Schuldner der Gesellschaft und ihrer Glieder. Dagegen erwirbt er keinerlei Anspruch gegen sie, da sie seine Handlungsweise nicht gelten zu lassen brauchen. **RG.** R. **03** 401; JW. **03** Beil. 77. — Vgl. auch Ziff. 8 zu § 705: Die Gesellschaft im Prozesse.

§ 716. Rettig: Da das Kontrollrecht eine gewisse Übersichtlichkeit der Einnahmen und Ausgaben voraussetzt, und die Anfertigung einer Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens ohne eine gewisse Buchführung unmöglich ist, wird man eine Verpflichtung der geschäftsführenden Gesellschafter zu einer entsprechenden Buchführung anzunehmen haben (28). Die Zuziehung von Sachverständigen bei Ausübung des Kontrollrechts ist nicht statthaft (29).

Kosten der Rechnungsstellung, die ein Gesellschafter an Stelle des seine desfallsige Pflicht nicht erfüllenden Gesellschafters durch einen Sachverständigen vornehmen läßt, erscheinen als Gesellschaftsschuld. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 296.

§ 717. 1. Müller 77: Für die Pfändung des Auseinandersetzungsanteils sind die §§ 829 ff. ZPO. maßgebend. Erhält ein Gesellschafter Sachen in natura zurück, so ist nach § 846 ZPO. vorzugehen.

2. (s. JDR. **1** § 717 Ziff. 2). **RG. 52** 35 ff.: Der Anspruch auf Rechnungslegung ist unübertragbar. Dies ergeben Wortlaut und Geschichte des § 717 (§ 644 E. I, Mot. II 614). Der Rechnungslegungsanspruch kann nicht durchgeführt werden, ohne die Beziehungen der Gesellschafter untereinander, deren Einlagen, Ersatzansprüche, Geschäftsführung, kurz die Interna der Gesellschaft dem neuen Gläubiger, einem Dritten, bekannt zu geben; die Rechnungslegung kann nicht erfolgen, ohne daß der Dritte in das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander eindringt, die rechnungslegenden Gesellschafter ihre Pflicht zur Verschwiegenheit gegeneinander verletzen. Die Abtretung des Anspruchs auf Rechnungslegung widerstreitet also dem persönlichen Charakter des Verhältnisses. Ähnlich die Rechtsprechung zu Art. 98 HGB., auf welche die Motive verweisen, insbes. ROHG. **23** 41. Durch diese Einschränkung verliert die Übertragbarkeit des Anspruchs auf den Gewinnanteil nicht alle Bedeutung. Vgl. z. B. § 304. — Die Einschränkung gilt auch nach Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses: denn das Vertrauensverhältnis hinsichtlich der Geschäftsangelegenheiten besteht fort und gestattet nicht die Einschiebung eines Fremden in die Auseinandersetzung.

Marcus, R. **03** 427 bemerkt hierzu: Das Reichsgericht lege dem Vertrauensverhältnisse der Gesellschafter untereinander zu große Bedeutung bei, und verkenne, daß, wie aus Motive II 6 zu entnehmen, die Übertragung des Anspruchs auf Rechnungslegung bzw. Informationserteilung nicht absolut habe ausgeschlossen sein sollen. Vor allem sei die Natur des Rechtes auf Auskunft um Rechnungslegung nicht genügend beachtet. Dieses Recht (§ 279) „sei ein Hilfsrecht“ (Dernburg II 87, Crome, System I 600 Nr. 22), der Verwirklichung von Ansprüchen zu dienen bestimmt, in allen den Fällen zumal, wo die Rechtsbeziehungen so geartet seien, daß der Berechtigte „über Bestehen und Umfang seines Rechtes im Ungewissen sei, der Verpflichtete aber in der Lage sei, unschwer solche Auskunft zu geben“ (Dernburg). Soweit Ansprüche zessibel seien, gehe auch der Anspruch auf Rechnungslegung über. Anderenfalls wäre § 859 ZPO. über die Pfändung des Anteils eines Gesellschafters wertlos. Der Gläubiger kann keine Auskunft verlangen; daß er besser gestellt werden solle, wie der, der durch Abtretung das Recht erworben, sei nicht ersichtlich.

Auch der Satz des RG., daß lediglich bereits „ermittelte“ Anteile eines Gesellschafters übertragbar seien, sei aus dem Gesetze nicht zu entnehmen, denn auch bedingte und befristete Ansprüche seien zessibel.

§ 718. 1. Josef, A.bürgR. **20** 233: Letztwillige Zuwendungen an Gesellschaften sind nicht möglich, da die Gesellschaften keine Rechtspersönlichkeit haben. Regelmäßig wird man solche Zuwendungen nach § 2084 dahin auszulegen haben, daß die einzelnen Gesellschafter bedacht sind. Dies scheint, anders wie bei den nicht rechtsfähigen Vereinen, angemessen, da meist die Gesellschaft nur aus wenigen, dem Erblasser voraussichtlich persönlich bekannten Gliedern besteht. Die Gesellschafter sind nicht verpflichtet, das Erhaltene ins Gesellschaftsvermögen zu verwenden. Müller (30) bemerkt ohne Begründung, daß der Anspruch der Gesellschafter auf das ihnen durch letztwillige Verfügung oder Schenkungsvertrag zu Gesellschaftszwecken Zugewendete Bestandteil des gemeinschaftlichen Vermögens werde.

2. Der Anspruch auf die Beiträge gehört an sich nicht zum Gesellschaftsvermögen. Doch kann der Gesellschaftsvertrag festsetzen, daß sie ihm zuzurechnen sind. **RG. 54** 301, JW. **03** Beil 73.

3. Ein Grundstück, an welchem nach dem Grundbuche Miteigentum zu bestimmten Anteilen besteht, gehört nicht schon deshalb zum Gesellschaftsvermögen, weil es die Miteigentümer für die Gesellschaft erworben haben. Der geschäftsführende Gesellschafter ist zwar nach § 713 i. V. mit § 667 verpflichtet, das Grundstück, das er in Ausführung seiner Befugnisse erlangt hat, der Gesellschaft zu übertragen, er handelt als indirekter Stellvertreter, wenn er materiell für die Gesellschaft, aber formell in eigenem Namen erwirbt; der Rechtsübergang auf die Gesellschaft vollzieht sich aber nicht ipso iure, sondern setzt noch die Erfüllung der vorgeschriebenen Übertragungsformen voraus. **RG. 54** 105 ff., R. **03** 339, JW. **03** Beil. 58, ZBlFrG. **03** 428.

4. Eck, Vorträge I 555 hebt hervor, daß es, in Ermangelung einer dem § 128 HGB. entsprechenden Vorschrift, auch gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter gibt, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind, daß also die Gesellschaftsschulden nicht in demselben Sinne Bestandteile des Gesellschaftsvermögens sind, wie die Aktiva.

§ 719. Abs. 2.

1. Weiland. a) Die Aufrechnung mit Gesellschaftsschulden 59: Steht die gegen den Gesellschaftsgläubiger gerichtete Forderung der Gesellschaft zu, so kann die Gesellschaft aufrechnen, einerlei ob die Forderung gegen sie eine Gesamt- oder eine Teilforderung ist (60). Der Gläubiger kann der Gesellschaft gegenüber

nur mit einer Gesamtforderung aufrechnen, da die Teilschuld erst mit der Auflösung fällig wird, er somit, wenn er nicht etwa nach § 725 die Gesellschaft kündigt, „die ihm zukommende Leistung noch nicht verlangen kann“. Dem einzelnen Gesellschafter gegenüber ist er in der Aufrechnung nicht beschränkt (61).

Tritt dem Gesellschaftsgläubiger ein einzelner Gesellschafter forderungsberechtigt gegenüber, so kann der Gläubiger bei einer Gesamtschuld in Höhe des ganzen Betrags, bei einer Teilschuld in Höhe des Anteils aufrechnen. Der Gesellschafter erhält insoweit einen Ersatzanspruch an die übrigen Gesellschafter (61 f.). Der Gesellschafter ist jederzeit zur Aufrechnung befugt, die Gesellschaft niemals (62 f.) Wildt (25) meint, daß, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft seine Zustimmung zur Aufrechnung gibt, die Forderung damit auf die Gesellschaft übergeht, und dadurch aufrechenbar wird.

Steht die Forderung mehreren Gesellschaftern als Gesamtgläubigern zu, so können sie nur bei Willensübereinstimmung aufrechnen (§§ 429 Abs. 3, 422 Abs. 2), während der Gläubiger die Aufrechnung jedem Beliebigen gegenüber erklären kann (63).

b) Die Aufrechnung mit gesellschaftsähnlichen Schulden: Steht dem forderungsberechtigten Gesellschafter ein Gesellschafter mit einer Forderung gegenüber, so kann dieser, nicht aber die Gesellschaft aufrechnen (66 ff.). Der Gesellschafter, der auf diese Weise seine Forderung einbüßt, erhält einen gesellschaftsähnlichen Ersatzanspruch an das Gesellschaftsvermögen.

Stehen dem aus einer gesellschaftsähnlichen Schuld berechtigten Gesellschafter „die übrigen“ als Träger einer an sich der Verbundenheit aller Gesellschafter zukommenden Forderung gegenüber, so ist zu unterscheiden, ob der Anspruch „der übrigen“ zur Gesellschaftssphäre gehört oder nicht (70). Im ersteren Falle können „die übrigen“ dem Gesellschafter gegenüber aufrechnen (72), nicht aber umgekehrt er ihnen gegenüber, da seine Forderung erst mit der Auflösung der Gesellschaft fällig wird, bei ihr also die Voraussetzungen der Aufrechnung nicht erfüllt sind. Im zweiten Falle ergeben sich je nach der Struktur der Forderung der sämtlichen Gesellschaftsmitglieder verschiedene Verhältnisse (73).

2. OLG. **6** 25 (Dresden), R. **03** 103, 296, ZfRG. **10** 185: Der Gesellschafter kann mit einer Gesellschaftsforderung nicht gegen eine persönliche Forderung gegen ihn aufrechnen. In der Aufrechnung liegt eine unzulässige Verfügung. Auch wenn die übrigen Gesellschafter zustimmen, kann die Aufrechnung nicht erzwungen werden, da § 387 voraussetzt, daß die aufrechnenden Personen einander gleichartige Leistungen schulden, die Gesellschaftsforderung aber, von förmlicher Abtretung abgesehen, Gesellschaftsvermögen auch dann bleibt, wenn die Gesellschafter sie einem von ihnen zur Aufrechnung zur Verfügung stellen. So auch Siber, Kompensation 96 ff., 107.

§ 721. Abs. 2. Rettig 27: Die Ausdrucksweise „am Schlusse jedes Geschäftsjahrs“ ist nicht wörtlich zu nehmen, da die der Aufmachung der Gewinnrechnung notwendig vorhergehende Inventarisierung und der Bücherschluß einige Zeit beansprucht.

§ 722. Rettig, 23, hält eine Modifikation des § 722 BGB. gemäß § 157 für den Fall für möglich, daß ein Gesellschafter nur einen Teil des versprochenen Beitrags geleistet hat. Er empfiehlt, dann den Gewinn etwa gemäß § 121 HGB. zu verteilen.

§ 723. OLG. Köln, DJZ. **03** 576: Bei unzeitiger Gesellschaftskündigung gehört zur Herstellung des Zustandes, der ohne den schädigenden Umstand bestehen würde, mithin zum Schadensersatze, daß der zu Unrecht Kündigende rechnungspflichtig bleibt. Mit der Schadensklage aus § 723 kann also Rechnungslegung begehrt werden.

Die JDR. **1** § 723 Ziff. 3 erwähnte Entscheidung findet sich auch OLG. 6 445, R. **03** 360.

§ 726. **RG.** **53** 19, DJZ. **03** 82, R. **03** 104: Bei Kartellverträgen, — die nach gemeinem Rechte, soweit ein gemeinschaftliches Vermögen fehlt, als gesellschaftsähnliche Verträge bezeichnet werden, — die auf die Festhaltung von Mindestpreisen gegenüber den Abnehmern gerichtet sind, ist anzunehmen, daß der einzelne sich nur insoweit und auf so lange binden wollte, als die Erreichung des gewollten Zweckes nicht nach verständiger Beurteilung der Sachlage von den anderen Beteiligten unmöglich gemacht wird.

§ 727. Weiland 92: Das Recht zur Geschäftsführung ist an die physische Persönlichkeit des Gesellschafters geknüpft und geht nicht auf die Erben über.

§ 728. **RG.** JW. **03** Beil. 94, R. **03** 429: Hat ein Versicherer sich rückversichert und ist er in Konkurs verfallen, so berechnet sich, sofern der Vertrag nicht etwas anderes bestimmt, der vom Rückversicherer zur Masse zu leistende Schadensbetrag, einerlei, ob man die Rückversicherung als Gesellschaft oder Versicherung behandelt, nicht nach der Versicherungssumme des Hauptversicherten, sondern nach der ihm zu haftenden Konkursdividende.

§ 730. Abs. 2. Weiland 15: Mit der Auflösung endet nur die produktive Seite der Gesellschaft; im übrigen wird ihr Fortbestehen bis zur Beendigung der Auseinandersetzung fingiert. Die Gläubiger können daher unter den Voraussetzungen des § 736 ZPO. noch in das Gesellschaftsvermögen zwangsvollstrecken. Unrichtig ist es, aus § 730 Abs. 2 zu folgern, daß die Gesellschaft nur noch nach innen fortbestehe. Die Vorschrift soll ermöglichen, daß das Gesellschaftsvermögen seiner ursprünglichen Zweckbestimmung nach verwertet werden kann. Nach jener Ansicht würde das Gesellschaftsvermögen während der Auseinandersetzung lediglich als ein gemeinsames Gut der Gesellschafter anzusehen sein, in das nicht nur wegen solcher Verbindlichkeiten, für die die Gesellschafter gemeinsam haften, sondern auch wegen solcher, für die sie nur pro parte verpflichtet sind, zwangsvollstreckt werden könnte. Der Gläubiger würde also während der Auseinandersetzung besser stehen, als vorher.

§ 733. S. oben hinter § 705 Ziff. 7 (Gesellschaftsschulden).

Müller: § 733 gilt nur im Verhältnisse der Gesellschafter untereinander (84). Unter „gemeinschaftlichen Schulden" sind nicht alle Schulden zu verstehen, für welche die Gesellschafter solidarisch haften, sondern nur diejenigen, welche die socii gerade in dieser ihrer Eigenschaft als Gesellschafter belasten, gleichgültig, ob die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften oder nicht (10).

§ 736. Müller 82 will den Paragraphen auf den Fall ausdehnen, daß ein Privatgläubiger kündigt. S. JDR. **1** a. a. O.

§ 737. Leist, Strafgewalt moderner Vereine (Schmollers J. **26** 68 ff.) (vgl. auch o. zu § 54 Note 3, 4, 8): Der Ausschluß eines Gesellschafters ist nur aus einem wichtigen Grunde möglich, einerlei, ob die Gesellschaft auf bestimmte Zeit eingegangen ist oder nicht. Daraus, daß nur auf § 723 Abs. 1 Satz 2 Bezug genommen ist, darf nicht geschlossen werden, daß das BGB. sich einer Vorschrift für den zweiten Fall enthält. § 737 sollte dem Art. 128 HGB. nachgebildet werden (Prot. II 444) (96), so auch die gemeine Meinung. Dafür, daß die Vorschrift zwingend ist, läßt sich aus dem Gesetze nichts entnehmen (98). (Knoke, Gesellschaft 128, erklärt sie für zwingend, JDR. **1** § 737.) Die entgegengesetzte Ansicht würde u. a. für große nicht rechtsfähige Vereine zu unlösbaren Schwierigkeiten führen; s. Satz 2.

Über die Rechtmäßigkeit der Ausschließung (was ist wichtiger Grund?

liegen genügend Tatsachen vor?) entscheiden die Gerichte, soweit nicht ein Schiedsgericht vereinbart ist (101).

Andere Strafbestimmungen als der Ausschluß sind nach den Vorschriften über Vertragsstrafen zu behandeln (103). Die §§ 344, 343 BGB., 152 GO. stehen Vereinbarungen tatsächlich kaum entgegen. Für Zahlung der Strafen kann man sich durch Pfänder sichern, die, obwohl die Verpfändung u. a. nach §§ 344, 138 Ziff. 1 nichtig ist, wegen § 814 der Regel nach nicht kondiziert werden können (104 f.).

Aal, JW. **03** 293 f.: Das Recht zum Ausschluß eines Gesellschafters, das nach § 737 allen Gesellschaftern gemeinsam zusteht, kann einem Ausschuß eingeräumt werden. Ausschluß des Rechtswegs ist möglich, soweit bestimmte Ausschließungsgründe festgesetzt sind. In diesem Falle hat der Richter nicht nachzuprüfen, ob die vertragsmäßigen Ausschließungsgründe einen wichtigen Grund enthalten. § 737 hat allerdings dem Art. 128 HGB. nachgebildet werden sollen, bei dem das Gericht stets nachzuprüfen hatte, ob ein wichtiger Grund vorlag. Doch besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den Bestimmungen, indem das Urteil nach BGB. deklaratorisch, nach HGB. konstitutiv wirkt.

§ 738. 1. OLG. **6** 446 (Stuttgart), R. **03** 360 (vgl. auch DJZ. **02** 276, R. **02** 357): Der ausgeschiedene Gesellschafter, der wegen rückständiger Einlagen in Anspruch genommen wird, hat aus dem Grunde, daß er für seine Ansprüche aus der Gesellschaft noch nicht abgefunden ist, kein Zurückbehaltungsrecht. Da dem oder den Verbleibenden sein Anteil anwächst, steht er ihnen nicht mehr wie ein Gesellschafter, sondern wie ein Dritter gegenüber und darf mit seinem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben weder aufrechnen, noch ein Zurückbehaltungsrecht deswegen geltend machen. An Stelle der im Entwurfe I § 658 Abs. 4, 5 vorgesehenen Bestimmung, daß der Ausscheidende verpflichtet sein solle, seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen den übrigen Gesellschaftern zu übertragen, hat die 1. Kommission eine dem Gesetz entsprechende Vorschrift gesetzt, um zu verhindern, daß die die Gesellschaft Fortsetzenden in dem ungestörten Fortbetriebe des Geschäfts dadurch gehemmt würden, daß der zur Übertragung seines Geschäftsanteils verpflichtete Ausgeschiedene diese nur gegen gleichzeitige oder vorausgehende Befriedigung seiner Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen vornehme, m. a. W. an den in seiner Hand befindlichen Gesellschaftsaktiven ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht. Die Zulassung würde also gegen Sinn und Zweck des § 728 verstoßen und kann daher auch nicht auf § 273 gestützt werden. Er beruht auf dem Gedanken, daß Forderung und Gegenforderung, Recht und Pflicht aus ihrem natürlichen Zusammenhange nicht losgerissen werden sollen; wo aber dem an sich vorliegenden Zusammenhange vom Gesetz aus höheren Rücksichten die Anerkennung versagt ist, kann der einzelne auf solchen Zusammenhang sich nicht mehr zu seinem Vorteile berufen.

J. f. AG. **10** 91, OVG. Erg.Bd. **03** 89: Beim Ausscheiden eines Gesellschafters liegt in der Übertragung der gesellschaftlichen Rechte an die übrigen Gesellschafter keine Sachveräußerung, und es bedarf daher in solchen Fällen, sofern Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, nicht der Auflassung. Dies gilt auch für den Fall, daß nur zwei Gesellschafter vorhanden waren.

2. Weiland: Satz 2 zwingt die verbleibenden Gesellschafter nicht, die gemeinschaftlichen Schulden zu begleichen. Es genügt auch, wenn sie den Gläubiger veranlassen, auf private Inanspruchnahme des Ausscheidenden zu verzichten (94 Anm. 2).

Satz 3: Wie bei den noch nicht fälligen, genügt auch bei den bedingten Verbindlichkeiten Sicherheitsleistung (94 Anm. 3), Ebenso Rettig 43, der auch Sicherheitsleistung nicht für nötig hält, wenn die Möglichkeit des Eintritts der

Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Schuld einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat.

3. Weiland hält die Aufnahme neuer Gesellschafter, sowie die Übertragung der Mitgliedschaft für unzulässig (95 f.). § 736 ist Ausnahmevorschrift und einschränkend auszulegen. Ein Bedürfnis zu entsprechender Anwendung fehlt, da mit Auflösung nur gleichzeitige Neubildung helfen kann, wobei die neue Gesellschaft nach § 419 für die Schulden der alten haftet. von Hövel, Worin unterscheidet sich die stille Gesellschaft des BGB. von der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des BGB.? Diss. Leipzig (1903) 53, hält die analoge Anwendung auf den Eintritt für gewagt.

Bulk, Aufnahme in eine Gesellschaft des BGB. (Diss.): Die Aufnahme eines neuen Mitglieds ist unzulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag darüber nichts enthält (27 ff.). Dagegen kann im Gesellschaftsvertrage, sowohl im ursprünglichen (31) wie in einem Nachtrage (89) die Zulässigkeit der Aufnahme neuer Mitglieder vereinbart werden. Das Gesetz enthält hier eine Lücke, die bei dem dispositiven Charakter der Bestimmungen über die Gesellschaft und in Ermangelung eines Verbots im angegebenen Sinne ausgefüllt werden kann (34). Die Zulassung der Neuaufnahme entspricht dem Gesamthandgedanken (34 ff., 69 ff.), worauf auch die in § 130 HGB. eröffnete Möglichkeit, die §§ 709, 715 BGB. und die Tatsache hindeuten, daß die Gesellschaftsvorschriften nach § 54 Ziff. 2 auf die nicht rechtsfähigen Vereine Anwendung finden, und widerspricht nicht dem persönlichen Charakter des Verhältnisses unter den Gesellschaftern. Mit diesem ist auch vereinbar, daß die Verabredung sich auf ganz beliebige, noch unbekannte Personen erstreckt (85 ff.). Denn man muß annehmen, daß die Gesellschafter, wenn sie einer so weitgehenden Vertragsbestimmung zustimmen, dasjenige Maß von Vertrauen, das sie zur Erreichung ihrer Zwecke für erforderlich halten, als vorhanden ansehen (80).

Welche Bedingungen für die Aufnahme gelten sollen, ist im Einzelfalle festzustellen. Die Bestimmung, daß neue Gesellschafter nur bei Einstimmigkeit aufgenommen werden sollen, kann sowohl die Verpflichtung in die Aufnahme neuer Gesellschafter zu willigen, wie eine Bedingung der Aufnahme bedeuten (87 ff.)

Auf die Rechtsverhältnisse beim Eintritt ist § 738 analog anzuwenden (54). Auch wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, bedarf es keiner besonderen Übertragung (Auflassung). (55.) Der neue Gesellschafter haftet mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen auch für die Gesellschaftsschulden. Dagegen kann, beim Fehlen einer dem § 130 HGB. analogen Bestimmung, sein Privatvermögen für die vor seinem Eintritt entstandenen Schulden nicht in Anspruch genommen werden (57).

Beim Einverständnis aller Teilnehmer kann ein ausscheidender Gesellschafter seinen Anteil einem neueintretenden übertragen (100).

Fünfzehnter Titel.

Gemeinschaft.

Vorbemerkung: S. o. zum 14. Titel.

Zu §§ 741 ff. Kohler behandelt, A.zivPr. **91** 309 ff., die „Gemeinschaften mit Zwangsteilung", bei denen die bruchteilsweise Berechtigten hinsichtlich der Auflösung an gewisse Normen gebunden sind; die Bindung beruht auf einer Anordnung des Erblassers § 2048 (311 ff.) [ähnlich bei der heredis institutio ex certa re, in den Fällen, wo § 2087 nicht ausreicht (342 ff.) und beim Vorausvermächtnisse § 2150 (347 ff.)], oder auf Anordnung der Eltern, die ihren Kindern bei Lebzeiten ihr Gut zuwenden (335 ff.).

Besondere Ausführungen zum 15. Titel enthält der Aufsatz nicht.

§ 741. Fuld, Börsenblatt f. d. deutsch. Buchhandel **70** Nr. 302: Stellt eine Ehefrau in Gemeinschaft mit ihrem Ehegatten ein unter Urheberrechtsschutz stehendes Werk her, so entsteht ein gemäß § 6 des Urheberrechtsgesetzes vom 19. 6. 01 nach Titel 15 zu beurteilendes Miturheberrecht. Soweit es der Frau zusteht, ist es nach § 1367 Vorbehaltsgut.

Spieß, ZBlFrG. **3** 112ff., 172ff., 525: Gemeinschaft, bei der die Teilnehmer nicht nach Bruchteilen berechtigt sind, liegt landesrechtlich in Preußen nicht bei den sog. agrarischen „Gemeinheiten" vor; s. die Bemerkungen u. zu § 1006.

RG. R. **03** 246, JW. **03** Beil. 89: Das BGB. erkennt Miteigentum nach Bruchteilen bei einer dem Vorteile beider Nachbarn dienenden Scheidemauer nicht an. Das gleiche gilt für Scheidemauern, bei denen bis zum 1. 1. 00, solches Miteigentum bestand.

§ 742. OLG. **6** 488, ZBlFrG. **4** 122: Auch wenn die Eintragung mehrerer Berechtigter ohne Angabe von Bruchteilen nach altem Rechte erfolgt ist, kann jetzt eine Verfügung über einen Bruchteil erst dann erfolgen, wenn die Bruchteile eingetragen sind.

§ 744. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers, 80 Anm. 1, über die Grenzen zwischen der auftraglosen Geschäftsführung und dem Tätigwerden des Gemeinschafters in Ansehung des ihm mit einem anderen gemeinschaftlichen Gegenstandes. Mit welchen Handlungen bewegt er sich innerhalb des Gemeinschaftsverhältnisses, mit welchen tritt er aus diesem Rahmen heraus? Und weiter: für welche ist auftraglose Geschäftsführung begrifflich möglich, für welche ist sie nach dem Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses ausgeschlossen? Maßgebend sind vor allem zwei Gesichtspunkte:

a) Nach § 744 Abs. 2 ist jeder Teilhaber gesetzlich berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstandes notwendigen Maßregeln selbständig vorzunehmen. Insoweit kann er also nicht als Gestionskläger auftreten. Dagegen kann er sehr wohl andere als für die Erhaltung notwendige (z. B. den Gegenstand im Werte erhöhende) und andere als für die Erhaltung notwendige Maßregeln gestionsmäßig vornehmen, wenn er für den anderen Gemeinschafter, d. h. mit dem Bewußtsein der Fremdheit des Geschäfts, handelte. Natürlich nur zu dem jenem zustehenden Bruchteil. — Über Handlungen, die zwar nicht von dem § 744 Abs. 2 gedeckt werden, aber, wenn sie einmal vorgenommen werden, notwendig den ganzen gemeinschaftlichen Gegenstand ergreifen, siehe daselbst das Nähere. Die Möglichkeit einer G. o. A. und die Anwendung des § 756 wird verneint.

b) Die zweite Möglichkeit nach dem Gesetz ist, daß nach § 745 eine Regelung durch Beschluß stattgefunden hat. Bezüglich aller von dem Beschluß umfaßten Verwaltungs- und Benutzungshandlungen sind die Gemeinschafter gebunden. Dagegen kann auch hier ein Gemeinschafter Handlungen für den Anteil eines anderen vornehmen, ohne kraft des Verwaltungsplans dazu befugt zu sein, und als neg. gestor für sie Entlastung fordern.

§ 745. Obermeyer, Seuff. Bl. **68** 496: Die Unterfangung (Verlängerung in die Tiefe) einer im geschlossenen Bausysteme zwei Gebäude trennenden gemeinschaftlichen Mauer (Kommunmauer) ist von der Zustimmung beider Beteiligten abhängig. Sie ist eine wesentliche Veränderung und kann gegen den Willen des Nachbarn von dem anderen Berechtigten nicht verlangt werden, einerlei, ob die Unterfangung die Mauer gefährdet oder nicht.

§ 747. Leske 297 Anm. 10: Der einzelne Teilhaber kann zur Sicherung seines Individualrechts die Rechte der Gemeinschaft geltend machen: er kann also vindizieren, konfessorisch und negatorisch zugunsten der Gemeinschaft

klagen, sofern dadurch weder die Rechte der übrigen Teilhaber beeinträchtigt werden, noch der Verpflichtete in eine nachteiligere Lage gebracht wird. (So auch RG. Gruchots Beitr. **28** 947, **30** 440; RG. **21** 257, **28** 313; Ob. Trib. 68 277.)

Satz 1. KGBl. **15** 67, R. **03** 458 (KG.): Das Miteigentumsrecht eines Ehegatten an den beiden Gatten gemeinschaftlich gehörenden Sachen kann gepfändet werden. Die Pfändung ist nicht durch Ergreifung des Mitbesitzes durch den Gerichtsvollzieher, sondern durch Zustellung eines Pfändungsbeschlusses zu bewirken.

Satz 2. Seuff. A. **58** 407 (BayrObLG.): Der Miteigentümer steht der gemeinschaftlichen Sache in Ansehung des Erwerbes eines Rechtes an ihr wie einer fremden Sache gegenüber. Ein ihm in Gemäßheit des § 747 Satz 2 durch gemeinschaftliche Verfügung der Miteigentümer an der Sache im ganzen bestelltes Recht ergreift die Sache, wie eine fremde und hat in Ansehung der ganzen Sache denselben Inhalt wie wenn es eine fremde Sache zum Gegenstande hätte.

§§ 752, 753. Spieß, Grundstückszusammenlegung, ZBlFrG. **3** 112 ff., 172 ff., 525: Abweichend vom gemeinen Rechte und in Übereinstimmung mit dem ALR. I Tit. 17 §§ 81—90 kennt das BGB. kein richterliches Teilungsverfahren mit konstitutivem Teilungsurteil. Landesrechtlich aber gemäß Art. 113 EG. z. BGB. besteht in Preußen ein auf dem Prinzipe des römischen Rechtes beruhendes, allerdings auf dem Gebiet außerordentlicher Gerichtsbarkeit liegendes richterliches Teilungsgeschäft, die sog. Gemeinheitsteilung. Eine andere Art agrarischer Auseinandersetzung in demselben Rechtsgebiete, die Grundstückszusammenlegung, ist, obschon sie sich durchaus in den rechtlichen Formen einer Gemeinheitsteilung vollzieht, nicht richterliche Teilung eines Ganzen (auch kein Tausch), sondern ein ganz eigenartiges Rechtsgeschäft, nämlich eine Verlegung der mittels Rechtsfiktion für beweglich angesehenen beteiligten Grundstücke.

§ 753 vgl. §§ 180 ff. ZwVG.

Die Versteigerung eines Zeitungsunternehmens als solchen, insbesondere des Zeitungstitels zwecks Auseinandersetzung und Teilung, kann, anderweite Vereinbarung vorbehalten, nicht verlangt werden. RG. R. **03** 104, Seuff. Bl. 68 55 ff.

Eccius, Gruchots Beitr. **47** 632 ff.: Jeder Miteigentümer ist auf Grund des formellen Nachweises seines Miteigentums zu einem Bruchteil ohne vollstreckbaren Titel legitimiert, die Einleitung der Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung herbeizuführen. Steht ihm nach den Vorschriften über die Gemeinschaft die Befugnis hierzu materiell nicht zu, z. B. weil das Recht auf Teilung auf bestimmte Zeit ausgeschlossen war, oder die Teilhaber sich über eine andere Teilungsweise geeinigt haben, so muß gegen ihn eine einstweilige Verfügung erwirkt oder mit dem Antrage geklagt werden, ihn zu verurteilen, den Antrag auf Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens zu stellen. Da diese Klage sich nicht auf das Miteigentum als solches, sondern lediglich auf die Vereinbarung stützt, greift § 771 ZPO. und der dort geregelte ausschließliche Gerichtsstand nicht für sie Platz.

Nach v. Amelunxen, Elſ. Lothr. NotZ. **22** (02) 257 ff., kann ein Gemeinschafter die Auseinandersetzung nach § 753 nur bei positiver Mitwirkung der Genossen erreichen. Weigern sich diese, so muß auf Zulassung der Teilung und Anordnung der Zwangsversteigerung behufs Teilung geklagt werden.

OLG. Rostock, MecklZ. **21** 237. Die Aufhebung einer Gemeinschaft an einem Grundstücke durch Zwangsversteigerung gemäß § 753 BGB. und §§ 180 ff. ZwVG. ist nur da möglich, wo das Grundbuch angelegt ist. Kennt das zur

Zeit geltende Recht keine Teilversteigerung, so müssen die Miteigentümer sich über den Teilungsmodus einigen, oder warten, bis das Grundbuch angelegt ist.

RG. 52 174: Hat der Erblasser bestimmt, daß ein zum Nachlasse gehörendes Grundstück dem Meistbietenden unter den Abkömmlingen zugeschlagen und die übrigen aus dem Kaufgeld abgefunden werden sollen, so ist die Auseinandersetzung nicht Erbengemeinschaftsteilung; sie erfolgt vielmehr nach den Vorschriften über die Gemeinschaft. Die Aufhebung erfolgt durch Zwangsversteigerung. Wird der Meistbietende im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit ermittelt und diesem das Grundstück durch vertragsmäßige Vereinbarung übertragen, so bedarf es der Auflassung.

Sechzehnter Titel.

Leibrente.

Literatur: Eck-Leonhard, s. die früheren Titel.

§§ 759 ff. Leonhard 563 Anm. 1: Es gibt eine Leibrentenschenkung wie es einen Leibrentenkauf gibt. Auch als Lohn für Dienste ist die Leibrente möglich und auch als Einsatz oder Gewinn bei Spiel und Wette nicht undenkbar. Auch ex delicto kann sie geschuldet werden. So kennzeichnet sich der Leibrentenvertrag nicht durch die Gesamtheit seines Inhalts, sondern durch die Eigenart der in diesem Inhalte mitenthaltenen Leistung, wie die Geldschuld. Er hätte daher zu den allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse gestellt werden sollen.

§ 761. 1. Der schriftlichen Form des Leibrentenvertrags unterliegt auch das Versprechen eines Altenteils. Jastrow, Form.Buch II Muster 93 (155).

2. LG. Dresden, u. **RG.**, SächsA. **13**, 583: Als Leibrentenvertrag ist auch ein Vertrag anzusehen, durch den eine nach dem Gesetz bestehende Unterhaltspflicht eine besondere Regelung erfährt, sofern nur der Unterhalt durch regelmäßige, zu bestimmten Terminen wiederkehrende Leistungen von Geld oder anderen fungiblen Sachen gewährt werden soll, da solche Leistungen den Begriff der Leibrente ausmachen. (Besonderer Nachweis aus der Entstehungsgeschichte 584.) Es ist also schriftliche Form erforderlich.

Siebzehnter Titel.

Spiel. Wette.

Vorbemerkung: Nur in bezug auf die brennenden Streitfragen aus § 764 sind diesmal zwischen Praxis und Theorie lebhafte Erörterungen gepflogen worden. Meist erfährt in der Literatur die reichsgerichtliche Praxis Bekämpfung. Das zu § 764 gebrachte Material läßt den Stand der Streitfragen am Ende des Berichtsjahrs erkennen. Der § 762 dagegen ist fast ausschließlich in Gerichtsentscheidungen, und zwar zumeist in Übereinstimmung mit den früheren Urteilen, behandelt worden. Das neue preußische, im Augenblicke noch nicht verkündete Gesetz, das an die Stelle des bisherigen vom 29. 7. 85 treten wird, hat auf die zivilrechtlichen Fragen, insbes. des § 763, weiter keinen verändernden Einfluß. Alles, was zu dem Gesetze von 1885 bemerkt ist, findet auch auf das neue Anwendung.

Literatur: Eck-Leonhard, s. die früheren Titel.

§ 762. 1. Natur und Unterschied von Spiel und Wette.

a) Eck 563: Spiel und Wette sind darin einander gleich, daß zwei Parteien sich wechselseitig eine Leistung versprechen, aber unter entgegengesetzten Bedingungen, so daß die Erfüllung der einen zugleich die Vereitelung der anderen enthält und also immer nur eine der beiden Verpflichtungen wirksam werden kann. — Leonhard, ebenda, Anm. 2 nennt diese Abgrenzung deshalb

zu weit, weil es auch gegenseitige Schenkungsversprechen unter entgegengesetzten Bedingungen gibt. Dies ist weder Spiel noch Wette.

b) Eck 564: Der Unterschied liegt in der Absicht beim Spiel, — Wagnis bei der Wette, — Erhärtung einer Behauptung und Bestrafung des anderen für seinen Widerspruch. — Leonhard, ebenda, Anm. 1 hält den Begriff des Wagnisses im Sinne Ecks für unbrauchbar. Nur insoweit kann davon gesprochen werden, als die aleatorischen Geschäfte Zusicherungen von Vorteilen sind, deren Gewährung oder Größe von der Ungewißheit ihres Eintretens abhängt. Auch bei der emptio spei und rei speratae drückt die Ungewißheit des verkauften Erfolges auf den Preis. Inmitten dieser aleatorischen Geschäfte steht das eigentliche Spiel, das um seiner Gefährlichkeit willen unter Sondervorschriften fällt. Im Spiel im juristischen Sinne ist eine Zusicherung solcher ungewissen Vorteile zu sehen, die nicht einen Entgelt für eine Gegenleistung darstellen, auch nicht bloß eine bedingte Schenkung oder (wie die reine Wette) eine Selbstbestrafung für eine falsche Behauptung enthalten.

c) Nach Oertmann, ÖstAGZ. **02** 200 lehnt § 762 nicht sowohl eine Verbindlichkeit überhaupt, als vielmehr eine vollwirksame, klageweise zu verfolgende Verbindlichkeit ab.

d) Siber, Rechtszwang: Glücksspiel als einzelnes nie verboten und darum auch in den Fällen der §§ 285, 361 Ziff. 5 StGB. nicht nach § 134, sondern nur nach §§ 138 und 817 zu beurteilen: Der gewerbsmäßige Spieler ist der Rückforderung des Gewinnes ausgesetzt, aber er kann selbst den Verlust nicht zurückfordern (56 ff.). Im übrigen ist Spiel zwar nicht von der Rechtsordnung gemißbilligt, aber ihr gleichgültig; es erzeugt darum keine, auch keine unvollkommenen Verpflichtungen kraft Rechtens, sondern nur solche kraft der Sitte (58 f.).

2. Geschäfte zum Zwecke des Spielens und mit Spielinhalt (Wette).

a) Auftrag. S. JDR. **1** zu I Note 1, zu II Note 1, 3.

α. Staub, DJZ. **03** 19 bekämpft die Begründung des **RG. 51** 156 — JDR. **1** Note II 1 — wonach ein Auftrag zum Spiel für ungültig erklärt wird, weil andernfalls „der Zweck des Gesetzes zum großen Teile vereitelt werden" würde. Diese Erwägung stelle den Zweck des Gesetzes über das Gesetz.

β. Leske 304 Anm. 1: Keine Klage aus dem Auftrage zum Spiel. (**RG. 40** 256.)

b) Bürgschaft, Pfandrecht. S. JDR. **1** zu § 762 Note II 5 Abs. 2. Die Übernahme einer Bürgschaft und die Bestellung eines Pfandrechts für eine Spielschuld ist unverbindlich, (**RG. 38** 251, **30** 214), Leske 304 Anm. 1.

c) Dienstvertrag.

RG. Gruchots Beitr. **47** 932 ff.: Ein Dienstvertrag zum Zwecke des Spieles ist unverbindlich.

d) Darlehen. Vgl. JDR. **1** zu § 762 Note I 1 Abs. 2, II 2.

α. OLG. Frankfurt, R. **03** 152: Ein Darlehen ist nicht deshalb unsittlich, weil der Darlehensgeber bei der Hergabe die Absicht des Empfängers gekannt hat, das Geld zum Spielen zu verwenden.

β. OLG. **6** 448 (Posen), — ebenso OLG. Marienwerder, PosMschr. **02** 108, — erklärt ein von einem Wirte einem in seinem Lokal spielenden Glücksspieler zu Spielzwecken gegebenes Darlehen für klaglos, weil gegen die guten Sitten verstoßend. Schon durch die Duldung des Spieles machte der Wirt sich strafbar (§ 285 StGB.) und des Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig, und letzteres um so mehr, als er dem Darlehensnehmer durch Hingabe des Geldes das Weiterspielen ermöglichte. Auch Bereicherung liegt nicht vor, da ihm das Geld sofort abgenommen wurde (§ 818 Abs. 3). S. ferner auch OLG. Stettin, R. **03** 153.

e) Vergleich. Vgl. JDR. **1** zu § 762 Note II 5 Abs. 2, 6.

RG. Gruchots Beitr. **47** 932 ff.: Eine Vereinbarung, die lediglich zur Beseitigung der subjektiven Ungewißheit der Parteien über den rechtlichen Charakter ihres Vertragsverhältnisses dienen soll, ist als Vergleich denkbar und rechtlich wirksam, da der einen solchen Streit erledigende Vergleich nicht zur Erfüllung einer Spielschuld geschlossen ist, und ihm die Mängel, welche die Ungültigkeit des Spielvertrags bewirken, nicht anhaften.

f) Geschäftsbetrieb, der sich auf Wettverträge richtet.

RG. JW. **03** 189: Wettverträge sind, obschon sie keine Verbindlichkeit begründen, doch keine unsittlichen Geschäfte. Ein darauf gerichteter Geschäftsbetrieb kann daher nicht als des gesetzlichen Firmenschutzes unwürdig bezeichnet werden.

3. Einfluß der vertragsmäßigen Aufrechnung, des Saldo- und des Schuldanerkenntnisses auf Grund erfolgter Abrechnung auf die Schuld aus dem Differenzgeschäfte.

a) Zur Aufrechnung kann die Forderung aus Spiel und Wette nicht benutzt werden (**RG. 1** 130); dagegen hat die auf Grund eines Kompensationsvertrags eintretende Aufrechnung auch bei Spielschulden die Wirkung der Zahlung. (**RG.** Gruchots Beitr. **42** 121) Leske 303 Anm. 6.

b) **RG.** JW. **03** Beil. 35: Die vertragsmäßige Aufrechnung steht der Zahlung gleich, sonach werden auch Forderungen aus Differenzgeschäften durch Kompensationsvertrag wirksam getilgt (**RG. 38** 240). Ein besonderer Fall des Kompensationsvertrags ist im Kontokurrentverhältnisse gegeben, sofern dem Saldo nach Abrede und Übung selbständige rechtliche Bedeutung zukommt. Dann ist in dem Anerkenntnisse des Saldos die Anerkennung der vollzogenen vertragsmäßigen Aufrechnung der beiderseitigen Ansprüche und Leistungen enthalten. (**RG.** JW. **98** 308; Düringer-Hachenburg II 359 ff., 367 Nr. 2.) (Im vorliegenden Falle ist ein derartiges Kontokurrentverhältnis verneint worden.)

Vgl. zu der gleichen Frage **RG.** JW. **03** Beil. 46: Widerruf der Anerkennung eines Schuldverhältnisses nach § 812 Abs. 2, da das Anerkenntnis sich auf von dem Vertragsgegner erfüllte Geschäfte bezog, die sich als nicht bestehend herausstellten. Mit dem Anerkenntnisse fällt die in ihm enthaltene Aufrechnungserklärung fort, und es muß alsdann auf die der Saldoziehung zugrunde liegenden Geschäfte zurückgegangen werden. — Differenzgeschäfte sind insoweit durch Aufrechnung erfüllbar, als durch Abschluß des Gegengeschäfts die Differenz festgestellt war, wodurch sich der eventuelle Spielverlust ergibt, der nach § 762 Abs. 2 auch durch Aufrechnung bezahlt werden kann. Vgl. auch JDR. **1** zu § 762 Note 5 Abs. 2.

4. Wettwechsel.

a) **RG. 52** 39: Auch die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit zur Deckung einer Wettschuld begründet zwischen dem Geber und Nehmer keine Wechselverbindlichkeit (Art. 82 WO.). Gegenüber dem Inkassomandatar des aus dem Wechsel Berechtigten kann der mangelnde Verpflichtungsgrund geltend gemacht werden.

b) OLG. **6** 448 (Posen) über einen Fall der Veräußerung eines in Erfüllung eines Wettvertrags gegebenen Wechsels, nachdem und obwohl der Schuldner die Unwirksamkeit der Vereinbarung geltend gemacht hatte. Wenn der Empfänger den Wechsel gleichwohl veräußerte und dadurch den Schuldner in die Lage brachte, eine Verurteilung dem gutgläubigen Wechselerwerber gegenüber über sich ergehen zu lassen, so muß er die Folgen seiner rechtswidrigen Handlung rückgängig machen. Vgl. auch JDR. **1** zu § 762 unter I Note 2 Abs. 3, 3 Abs. 3; unter II Note 4.

5. § 762 BGB. und Art. 170 EGzBGB.

RG. JW. **03** Beil. 31, DJZ. **03** 153: Die Vorschrift des BGB. über Unverbindlichkeit der Wettverträge ist nicht rückwirkend. Es handelt sich nicht um eine Bestimmung, die im öffentlichen Interesse oder deshalb getroffen ist, um sittlichen Anforderungen zu genügen oder um den Schuldner gegen eine mit den guten Sitten nicht vereinbare Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit zu schützen.

§ 763. Eck 565: Das landesherrliche Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien bewirkt wohl keine Nichtigkeit, sondern eine bloße klaglose Verbindlichkeit. — Nach Leonhard 566 Anm. 1 haben durch den § 763 für die von einem Bundesstaate genehmigten Lotterien die landesgesetzlichen Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien ihre privatrechtliche Wirkung verloren. (**RG. 48** 178.)

§ 764. Über das sog. Differenzgeschäft besteht zwischen Theorie und Praxis noch immer keine Einigkeit. Gegenwärtig existieren nicht weniger als 4 „Differenztheorien". Es handelt sich dabei um folgende Grundfragen:

1. Gibt es überhaupt Geschäfte im Sinne des § 764?

Das Reichsgericht hält an seiner Ansicht fest, daß die spekulativen Zeitgeschäfte im Kommissionsverkehre zwischen Bankier und Kunden vielfach derart abgewickelt werden, daß der verlierende Teil an den gewinnenden die Differenz zwischen dem Vertragskurs und dem Kurse des Lieferungstags (Kurs am Ultimo oder Stichtag) bezahle, und es nimmt einen derartigen Geschäftsverkehr als beabsichtigt an, wenn aus den Umständen (Vermögensverhältnisse des Kunden, Beruf desselben, Art des Objekts 2c.) zu schließen ist, daß der Kunde die den Gegenstand des Vertrags bildenden Wertpapiere oder Waren nicht in eigener Person abnehmen oder liefern wollte. Vgl. neuerdings die Entsch. **RG. 52** 251, Holdheims MSchr. **11** 114, JDR. **1** zu § 764 Note 2.

Demgegenüber wird behauptet, daß der Spekulationsverkehr an und außerhalb der Börse sich stets durch Geschäft und Gegengeschäft, d. h. durch Kauf und Verkauf vollziehe, und daß die Abwickelung eines Spekulationsgeschäfts durch Zahlung der Differenz von Vertrags- und Lieferungspreis im tatsächlichen Geschäftsverkehre vollständig unbekannt sei.[1]) Dies wird nicht bloß von den Interessenten, Handelskammern, kaufmännischen Korporationen 2c. (vgl. Verhandlungen des 1. Allgemeinen Deutschen Bankiertags 1902 30 f., Denkschrift des Zentralverbandes des Deutschen Bank- nnd Bankiergewerbes 1903 12, Eingabe der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin betr. Reform des Börsengesetzes vom 21. 3. 04 in deren Korrespondenz 04 30) auf das Entschiedenste betont, sondern auch in der Literatur, z. T. unter scharfen Angriffen auf das Reichsgericht, immer wieder hervorgehoben, so neuerdings von Zadig, Der Terminhandel und seine Behandlung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung 1901, von einem volkswirtschaftlichen Autor, Wermert, Börse, Börsengesetz und Börsengeschäfte 1904 295—389, vgl. auch die Schrift des Praktikers Neander Müller, Juristische Lehrmeinungen über Börsengeschäfte 1903. Diese Schriftsteller sprechen dem § 764 jede praktische Bedeutung ab, da er sich nur auf solche Geschäfte beziehe, die in Wirklichkeit nicht vorkommen.

Dagegen ist nach Staub, Holdheims MSchr. **5** 73, Kommentar Exk. zu § 376 Anm. 35 a. E. u. Anm. 43 und Lehmann (Lehmann-Ring, Kommentar § 376 Nr. 112) in der Definition des § 764 lediglich eine unrichtige Formulierung zu erblicken. Das Gesetz habe auch diejenigen Geschäfte treffen wollen, die nicht durch Zahlung der Differenz von Vertrags- und Lieferungspreis, sondern

---

[1]) In der Entsch. **RG.** 52 256 hat allerdings ein Bankier einen Kunden mit der Differenz von Vertrags- und Ultimokurs belastet, doch handelt es sich dort anscheinend um den Versuch einer Übervorteilung durch falsche Buchung.

durch Abschluß eines Gegengeschäfts abgewickelt werden. Dagegen Trumpler, Goldschmidts Z. **50** 456—470.

Andererseits bezieht Cosack, Handelsrecht § 80 Ziff. 1—3, § 77 Ziff. I, 4 b u. 5 — davon ausgehend, daß bei den Termingeschäften an der Börse die Lieferung zum Liquidationskurs erfolgt und die Differenzen von Vertrags- und Liquidationskurs unter den Parteien abgerechnet werden, — den § 764 auf diejenigen Geschäfte, welche im Wege dieser Ultimoliquidation abgewickelt werden, weil bei diesen Geschäften die Absicht der Parteien neben der Erfüllung durch Skontration auf die Zahlung der Differenz von Vertrags- und Liquidationskurs gerichtet sei. Gegen diese Theorie wird eingewendet, daß nach § 764 die Zahlung der Kursdifferenz an Stelle der Lieferung beabsichtigt sein muß, daß ferner der Liquidationskurs ein oder mehrere Tage vor Ultimo festgesetzt wird, also mit dem Preise der Lieferungszeit nicht identisch sein kann, und daß nach Cosacks Ansicht der § 764 nicht anwendbar wäre auf die im Kommissionsverkehre zwischen Bankier und Kunden geschlossenen Zeitgeschäfte, weil diese zum weitaus größten Teile nicht zur Abwickelung an der Börse gelangen.

2. Ist der § 764 auch auf Kassageschäfte anwendbar?

a) In tatsächlicher Beziehung ist vorauszuschicken: Der Bankier tritt bei Aufträgen seiner Kunden zum Abschlusse von Spekulationsgeschäften diesen gegenüber regelmäßig als Selbstkontrahent auf, indem er seinerseits ein entsprechendes Deckungsgeschäft, sei es an der Börse, sei es mit einem anderen Kunden, eingeht. Schließt aber der Bankier ein solches Deckungsgeschäft nicht ab, und liefert er die gekauften Papiere auch nicht aus eigenen Beständen effektiv an den Kunden, so vollzieht sich der Geschäftsverkehr lediglich in der Art, daß der Kunde, der den Auftrag zum Ankaufe von Papieren erteilt hat, mit dem Anschaffungswerte zu dem Kurse des betreffenden Tages belastet wird, und daß ihm später, wenn er Auftrag zum Verkaufe gibt, der Veräußerungswert zu dem Kurse des betreffenden Tages gutgeschrieben wird. Das Ergebnis der Spekulation besteht also in solchen Fällen lediglich darin, daß der Kunde die Differenz von Geschäfts- und Gegengeschäftskurs entweder von dem Bankier gewinnt oder an diesen verliert. Bei einem derartigen Geschäftsverkehre besteht der einzige Unterschied zwischen Zeit- und Kassaspekulation darin, daß bei ersterer der Kunde mit dem Anschaffungswerte per Ultimo belastet bzw. für den Veräußerungswert per Ultimo erkannt wird, während bei der Kassaspekulation die Valuta auf den nächsten Geschäftstag gestellt wird.

b) Die Stellung, welche die Literatur und Rechtsprechung zu dieser Kassaspekulation einnimmt, ist bedingt durch ihre Stellungnahme gegenüber der zu 1 erwähnten Streitfrage.

Staub, Erk. zu § 376 Anm. 35, und Lehmann, Kommentar § 376 Nr. 112 a. E. halten folgerichtig den § 764 auch auf den Kassaspekulationsverkehr anwendbar.

Dagegen hält Cosack, Handelsrecht § 80 Ziff. 4 — von seiner Ansicht aus, daß für den Begriff des Differenzgeschäfts die Tatsache der Abwickelung im Wege der Ultimoliquidation entscheidet, — den § 764 auf Kassageschäfte nicht anwendbar.

Auch die Differenztheorie des Reichsgerichts versagt gegenüber dem vorliegenden Kassaspekulationsverkehre, weil hier der verlierende Teil an den gewinnenden nicht die Differenz von Vertrags- und Lieferungskurs, sondern die Differenz von Geschäfts- und Gegengeschäftskurs bezahlen soll. Das Reichsgericht hält daher bei Kassageschäften, wenn der Bankier die Papiere nicht angeschafft und veräußert hat, nicht den § 764, sondern den § 762 für anwendbar, was freilich auf dasselbe hinauskommt.

RG. **52** 251, Holdheims MSchr. **11** 112 ff., JW. **02** 257 f.; vgl. RG. JW. **02** 445 f., Holdheims MSchr. **12** 247, JW. **03** Beil. 100.

Ob sich allerdings die Unterscheidung des Reichsgerichts zwischen Zeit- und Kassaspekulation aufrechterhalten läßt, muß aus den oben erwähnten Gründen zweifelhaft erscheinen. Vgl. Trumpler, Das Ende des Differenzeinwandes, DJZ. **03** 103.

3. Aus der Literatur.

a) Kleinfeller, Holdheims MSchr. **12** 57 ff.: § 764 trifft zwei Fälle: den Fall, daß der Vertrag zwar äußerlich auf Lieferung lautet, aber nach Absicht der Vertragschließenden nicht Lieferung, sondern Zahlung der Differenz bezweckt, und den Fall, in welchem der auf Lieferung lautende Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen wird, daß einer der Vertragschließenden oder beide das Recht haben sollen, als gewinnender Teil anstatt der Lieferung die Differenz zu verlangen und als verlierender Teil die Differenz zu zahlen. Im zweiten Falle ist der Vertrag als Lieferungsgeschäft verbindlich. Wenn sich die Absicht, die Lieferung auszuschließen, mit einem Börsentermingeschäfte verbindet, ist nicht § 764 BGB., sondern sind die §§ 66—69 des Börsengeś. anzuwenden. Das einzelne Differenzgeschäft ist noch kein Differenzhandel im Sinne der KO. § 240 Nr. 1. Vgl. Jakobsohn, Differenzgeschäft und Konkursrecht, DJZ. **03** 520 f.

b) Auerbach, Über Börsenspiel und Spieleinwand nach Belgischem Gesetze, DJZ. **03** 365.

c) Heilborn, Differenzeinwand und gute Sitten, DJZ. **03** 499.

d) v. Seeler, Der Spieleinwand, A.bürgR. **24** 1—16: Die Erhebung des Spieleinwandes ist unter allen Umständen eine sittlich und rechtlich gebotene Handlung. Vgl. dagegen die Erwiderung von Nußbaum, A.bürgR. **24** 328—333.

4. Bezüglich der Praxis vgl. die systematische Zusammenstellung der Rechtsprechung des Reichsgerichts von Trumpler, JW. **04** 105—109.

5. S. ferner JDR. **1** zu § 764. —

Achtzehnter Titel.
Bürgschaft.

Vorbemerkung: Die Bürgschaft ist im Berichtsjahr eingehend von Literatur und Rechtsprechung gefördert worden. Sind auch nicht gerade die begrifflichen Grundlagen im Zusammenhange zur Darstellung gelangt, so finden sich doch sehr wesentliche Beiträge zu den Streitfragen im einzelnen. Ganz besonders reichhaltige Behandlung haben die §§ 774 und 778 erfahren (s. die Literatur daselbst). Bemerkenswert ist die neue Ansicht, die bezüglich des § 774 gegen das RG. von Sievers vertreten wird, wonach der Bürge dem Gläubiger nicht Zahlung durch Aufrechnung soll aufzwingen, sondern, wenn er aufrechnen will, bis zur Inanspruchnahme durch den Gläubiger soll warten müssen. Eine eingehendere Würdigung — die von Conrades ist nur ganz knapp — verdient diese interessante Auslegung zweifellos. — Wie im vorigen Berichtsjahr Eccius und Bendix, so vertreten in diesem Förster und Weidemann ganz verschiedene Auffassungen bezüglich des Kreditauftrags. Dieser betont energisch den Mandatscharakter, jener hält ihn für einen von Bürgschaft und Auftrag „fundamental verschiedenen Schadloshaltungsvertrag". Keiner aber schließt sich früheren Ansichten an. Grundlegende Entscheidungen liegen hier noch nicht vor. — Wichtige Einzelfragen behandeln die Urteile zu § 765 Note 3 (Leistungsort bei Verschiedenheit des örtlichen Rechtes), das nicht unbedenkliche zu § 766 Note 2, gegenüber den wohl mit Recht von Neumann hervorgehoben wird, daß in jedem Auftrage, sich zu verbürgen, der Auftrag zur rechtswirksamen Vornahme des Rechtsgeschäfts beschlossen sei, das gleichfalls nicht bedenkenfreie Urteil zu § 768 Note 4, das dem Bürgen das Recht versagt,

selbst den nach § 341 Abs. 2 zur Wahrung des Rechtes auf die Vertragsstrafe notwendigen Vorbehalt bei der Annahme der Leistung zu erklären, — wird doch auf diese Weise Kollusionen zwischen Hauptschuldner und Gläubiger Tür und Tor geöffnet, und kann doch durch das Ausbleiben der dem Schuldner allein überantworteten Vorbehaltserklärung in Fällen wie dem dort behandelten die Verbindlichkeit des Bürgen empfindlich erweitert und verschlechtert werden. Nicht unbedenklich scheint schließlich auch das Urteil des OLG. Breslau (§ 767 Note 2 b), das in der dem Hauptschuldner gewährten Stundung grundsätzlich eine Erweiterung der Verbindlichkeit für den Bürgen erblickt. Es ist zu hoffen, daß alle diese Fragen demnächst eingehendere Betrachtung erfahren; sie sind sämtlich praktisch erheblich und gehören dem täglichen Bürgschaftsrecht an.

Literatur: Eck-Leonhard, s. die früheren Titel. S. außerdem unten zu § 774 und zu § 778.

§ 765. 1. Inhalt der Verpflichtung. S. JDR. **1** zu § 765 Note 1.

a) Allgemeines.

Siber, Rechtszwang: Die Verpflichtung des Bürgen kann von vornherein, z. B. bei Hauptverpflichtungen zu unvertretbaren Arbeitsleistungen, auf etwas anderes gehen, als die Hauptschuld. Auch sonst ist ihre Erfüllung nicht Erfüllung der Hauptschuld, trotz des fehlerhaft gefaßten § 766 Satz 2 (vgl. § 267). Die Verpflichtung des Bürgen geht nur auf entgeltliche Abnahme der Hauptforderung; Erfüllung der letzteren, die zur Tilgung führt, ist für den Bürgen bloße facultas alternativa (s. 237 ff., 249 ff., 258 f.). Keine Bürgschaft für Naturalobligationen (s. 242 ff.).

b) Bürgschaft in Vergleichsform.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 95: Auf den Beweggrund, welcher den Bürgen zur Eingehung seiner Verpflichtung bestimmte, kommt es selbst dann nicht an, wenn der Bürgschaftsgläubiger zugleich seinerseits eine Verpflichtung übernimmt und die beiden Leistungen in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gebracht werden. Der Bürgschaftsvertrag ist nicht notwendig ein einseitiger Vertrag, sondern kann auch als gegenseitiger geschlossen werden; insbesondere kann das betreffende Abkommen auf den Abschluß eines Vergleichs hinauslaufen, ohne daß der Bürgschaftscharakter oder die Notwendigkeit der Form wegfiele.

c) Bei nichtiger Hauptschuld.

Eck 567: Ist die Hauptschuld nichtig, erloschen oder entkräftet, dann existiert keine Bürgschaft mehr. Sollte sie gerade für diese Fälle übernommen worden sein, so liegt ein Garantievertrag vor. Zustimmend Leonhard Anm 2.

2. Irrtum über die Person.

Hat sich der Bürge bei Übernahme der Bürgschaft in der Person des Gläubigers oder des Schuldners geirrt, so kann er seine Bürgschaftserklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde (§ 119). Leske 306.

3. Leistungsort, insbes. bei Verschiedenheit des örtlichen Rechtes. S. JDR. **1** zu § 765 Note 2.

RG. 54 311 ff., Böhms Z. **13** 423 ff., JW. **03** 251: Aus der akzessorischen Natur des Bürgschaftsvertrags folgt, daß der Inhalt und Umfang der Verpflichtung des Bürgen in bezug auf die Leistung der Hauptschuld nach deren örtlichem Rechte sich richtet; für die Verpflichtungen des Bürgen selbst ist dagegen das eigene örtliche Recht der Bürgschaftsverpflichtung zu suchen. Das Recht der Hauptschuld ist maßgebend dafür, was der Bürge zu leisten hat, das Recht des Bürgschaftsvertrags dafür, ob er zu leisten hat. Insbesondere richtet sich nach dem Rechte des Bürgschaftsvertrags die Einrede der Vorausklagung und der Anspruch des

Bürgen auf Zession der Hauptforderung. Die Übertragung der Hauptforderung seitens des Gläubigers auf den Bürgen, der ihn befriedigt hat, stellt keine selbständige Gegenleistung des Gläubigers aus dem Bürgschaftsvertrage dar. Dies gilt schon für das gemeinrechtliche beneficium cedendarum actionum, in noch höherem Grade aber natürlich beim gesetzlichen Übergange (ALR. § 338 I Tit. 14, code civil Art. 2029, BGB § 774). Somit ist also nach dem Rechte des Ortes, wo der Bürge den Bürgschaftsvertrag zu erfüllen hat, zu entscheiden, nicht nur, ob er einen Anspruch auf Zession der Hauptforderung gegen den Gläubiger hat, sondern auch, ob diese Forderung von selbst auf ihn infolge geleisteter Zahlung übergegangen ist. — Für das örtliche Recht bei Vertragsleistungen ist nach der herrschenden, auch reichsgerichtlich gebilligten Ansicht, sofern nicht ein anderer Parteiwille erkennbar ist, der Erfüllungsort des Vertrags maßgebend, der bei gegenseitigen Leistungen für beide Vertragsteile auch ein verschiedener sein kann.

4. Aus der Rechtsprechung.

a) In einem Falle, wo sich jemand einer Bank gegenüber für alle ihr gegen seinen Schwager erwachsenden Wechselansprüche selbstschuldnerisch verbürgt hatte, entschieden die Gerichte, daß es „Treu und Glauben" widerstreite, die Bürgschaft auf die der Bank selbst von dem Schuldner ausgehändigten Wechsel auszudehnen, und erklärten einige Wechsel, die er nur akzeptiert und die Bank diskontiert hatte, nicht als unter die Bürgschaft fallend. Vgl. dagegen Schneider, Treu und Glauben 117.

b) OLG. Braunschweig, R. **03** 551 Nr. 2782: Hat sich der Bürge für Verbindlichkeiten aus einer laufenden Geschäftsverbindung bis zu einem bestimmten Betrage verbürgt und diese Bürgschaftsschuld getilgt, so ist der Vertrag, durch welchen die Fortdauer der Bürgschaft für einen gleichen Betrag und das Verbleiben der Bürgschaftsurkunde in den Händen des Gläubigers vereinbart ist, als ein neuer Bürgschaftsvertrag anzusehen, welcher einer neuen schriftlichen Erklärung bedarf. Durch die Zurückbehaltung der alten Bürgschaftsurkunde wird die Form nicht ersetzt.

c) OLG. Breslau, R. **03** 291 Nr. 1548: Die Verpflichtung, für eine bestimmt abgemessene Teilleistung eines Dritten dem Gläubiger einzustehen, enthält keine Verbürgung für die ganze Leistung in Höhe jenes Teilbetrags, und deshalb haftet der Bürge ungeschmälert, auch wenn andere Teilleistungen erlöschen, für die Erfüllung jenes verkürzten Teils; insonderheit vermag der für die zunächst zu zahlende Hälfte eines vereinbarten Werklohns eingetretene Bürge nicht geltend zu machen, daß die Bürgschaft im Verhältnisse der späteren Herabsetzung des Werklohns zu mindern sei; andererseits wird er mit dem Erlöschen des zunächst zu zahlenden Betrags frei. —

§ 766. 1. Erfordernisse. S. JDR. **1** zu § 766 Abs. 5, 6.

a) OLG. Frankfurt, R. **03** 292 Nr. 1549: Der Begriff der Schriftlichkeit setzt nicht voraus, daß die gesamte Erklärung von dem Erklärenden selbst geschrieben sei und daß die Unterschrift der Niederschrift nachfolge. Es genügt vielmehr auch, wenn die Erklärung von einem anderen geschrieben wird und die Unterschrift der Niederschrift vorangeht. Ist bei Leistung der Unterschrift der Kontext der Urkunde noch nicht vollständig vorhanden, so ist dem Erfordernisse schriftlicher Form in dem Momente genüge geschehen, in welchem die Vervollständigung des Kontextes in Übereinstimmung mit dem Willen des Unterzeichners nachträglich erfolgt ist.

b) Die Bürgschaftsurkunde ist nicht schon um deswillen ungültig, weil sie den Schuldtitel nicht benennt. (Crome, Bürg. R. II § 296 Nr. 33; Dernburg, Bürg. R. II § 286.) Die Hauptschuld muß in der Urkunde mindestens insoweit bezeichnet sein, daß kein Zweifel darüber obwalten kann, für welche

Hauptschuld der Bürge haftet. (So insbes. Förster-Eccius, Komm. z. Preuß. Privatr. II § 144 Nr. 14 in Anlehnung an die dem BGB. ähnliche Bestimmung des ALR. und an die Entsch. in Gruchots Beitr. **16** 621.) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 340, R. **03** 576 Nr. 2923.

c) Schriftlichkeit ist nur zur Erteilung derjenigen Erklärung erforderlich, welche die Übernahme der Bürgschaft bedeutet; mündliche Nebenabreden zum Bürgschaftsvertrage sind zulässig. LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 183, 184, ebenso Planck II Bem. 2 zu § 766.

d) A. M. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 303: Änderungen von vertragsmäßigen Fälligkeitsbestimmungen einer Bürgschaftsschuld bedürfen der Schriftform.

Ebenso **RG.** JW. **03** Beil. 108: Die Bürgschaftserklärung umfaßt nicht nur den im § 765 gegebenen begrifflichen Inhalt, sondern auch Nebenabreden über Modalitäten der Bürgschaft, insbesondere der Fälligkeit.

e) Dernburg, Bürg. R. II 346, verlangt für Verabredungen, welche die Haftung des Bürgen erhöhen, nicht für solche, die sie verringern, den Zwang der Schriftform.

2. Auftrag zur Verbürgung.

RG. JW. **03** Beil. 80, DJZ. **03** 369: Im Hinblick auf §§ 164 Abs. 1, 167 Abs. 1, 2 muß angenommen werden, daß sich die dem Bevollmächtigten erteilte Ermächtigung, eine Bürgschaft für den Vollmachtgeber abzuschließen, darauf erstrecken muß, die Erklärung namens des Vertretenen in rechtswirksamer, hier also in Schriftform abzugeben. (Der Beklagte hatte aber nur dem S. erklärt: „Sagen Sie dem J., ich würde dafür sorgen, daß er sein Geld ebensogut bekommt, wie die anderen Gläubiger". S. hatte dies dem J. schriftlich mitgeteilt.)

Neumann, JW. **03** 256, bemerkt hierzu, daß in diesem Falle ein Auftrag zur Abgabe einer mündlichen, geschweige denn einer schriftlichen Bürgschaftserklärung, überhaupt nicht vorgelegen habe. Dagegen werde der auf Vornahme eines Rechtsgeschäfts gerichtete Auftrag, wenn nicht besondere Umstände dies ausschließen, gleichwohl nach wie vor als auf Vornahme des Rechtsgeschäfts in wirksamer Form gerichtet anzusehen sein, auch wenn die gesetzlichen Formvorschriften unerwähnt geblieben seien.

3. Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme.

a) S. hierzu JDR. **1** zu § 766 Abs. 4, § 414 Note 4 und oben zu § 414 Note 4.

b) BayrObLG. **4** 330 ff.: Zwar verlangt § 766 die Schriftform nur für die Bürgschaftserklärung, und nicht jede Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses, bei der neben dem bisherigen Schuldner ein neuer Schuldner in das Schuldverhältnis eintritt, ist Eingehung einer Bürgschaft. So liegt, wenn derjenige, der dem bisherigen Schuldner gegenüber die Schuld übernimmt, sich dem Gläubiger gegenüber neben dem bisherigen Schuldner als Gesamtgläubiger verpflichtet, eine sogenannte kumulative Schuldübernahme, aber keine Bürgschaft vor. Wenn aber der Übernehmer die Übernahme der Schulden des bisherigen Schuldners ausdrücklich ablehnt, so kann er sich für sie neben diesem Schuldner nur durch die Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses in der Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft (§§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1) haftbar machen, die Schriftlichkeit erfordert (335).

4. Bürgschaft und Vergleich. S. darüber o. zu § 765 Note 1b.

§ 767. 1. Der Bürge haftet wegen Erfüllungsverschuldens (§§ 276, 287), wenn er schuldhaft die Erfüllung der Hauptschuld unmöglich macht (241).

2. Aus der Rechtsprechung.

a) Bürgschaft für eine Hypothekenschuld im Falle der Zwangsversteigerung.

α. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 132 ff.: Der Bürge für eine Hypothekenschuld kann nicht verlangen, daß der bei der Zwangsversteigerung in einer bestimmten Höhe ausgefallene Gläubiger von diesem Ausfalle den von ihm beim Weiterverkauf erzielten Mehrerlös absetze. Es fehlt an jedem Kausalzusammenhange zwischen dem Umstande, daß der Gläubiger (Kläger) das Grundstück in der Versteigerung unter dem wahren Werte erworben und mit Vorteil weiter verkauft hat, und dem Anspruche des Gläubigers aus der Forderung gegen den Schuldner bzw. den Bürgen. S. auch oben zu § 242 Note 4 b.

β. OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 17 ff.: Aus dem Bürgschaftsvertrage für eine hypothekarisch versicherte Forderung erwächst für den Gläubiger nicht die Pflicht, bei einer Zwangsversteigerung auf das Anwesen zu bieten; noch weniger im Falle selbstschuldnerischer Bürgschaft. Es besteht auch keine Pflicht, bei der Versteigerung zu erscheinen oder sich vertreten zu lassen. Auch ist keine Verpflichtung anzuerkennen, nach welcher der Gläubiger, der selbst der Versteigerung nicht beiwohnen will, seinen Bürgen von der bevorstehenden Versteigerung eines ihm hypothekarisch haftenden Grundstücks benachrichtigen muß. S. auch oben zu § 242 Note 4 b.

b) Zu Satz 3. Verbürgung für kurzzeitige Schuld. Erweiterung durch Stundung.

OLG. **6** 451 ff. (Breslau), — s. auch unten zu § 768 Note 1: Unter Erweiterung ist jede Veränderung zu verstehen, die sich nicht als Verminderung darstellt. Die Verpflichtung eines Bürgen, der die Haftung für eine in wenigen Wochen fällige Schuld übernommen hat, wird aber nicht dadurch vermindert, daß dem Schuldner Stundung auf eine Reihe von Jahren gewährt wird, die zur Folge hat, daß der Bürge ebenso lange in Ungewißheit bleibt, ob er in Anspruch genommen wird und ob er dem Hauptschuldner gegenüber dann noch auf Rückerstattung rechnen kann. — Aber auch der Grund, daß die Bürgschaftsverbindlichkeit nicht weiter reicht als der Verbürgungswille (Schollmeyer), führt zu gleichem Ergebnis. Im Zweifel ist davon auszugehen, daß der Bürge in der Regel die Bürgschaft in der Erwartung übernimmt, daß für den Gläubiger keine Veranlassung vorliegen werde, ihn in Anspruch zu nehmen. Hat er sich für eine kurzzeitige Schuld verpflichtet, so muß unterstellt werden, daß er dies getan hat, weil er glaubte, der Schuldner werde dann zahlen können. In der zeitlichen Erweiterung aber (auf 3 Jahre) muß so lange eine Erweiterung der Verpflichtung gesehen werden, als nicht der Gläubiger besondere Umstände dartut, die diese Annahme ausschließen.

§ 768. 1. OLG. **6** 450 ff. (Breslau), — s. auch o. zu § 767 Note 2 b: Sämtliche Einreden kann der Bürge geltend machen, soweit sie nicht ausdrücklich im Gesetze dem Hauptschuldner oder dessen Erben für sich vorbehalten sind. (A. M. nur Dernburg, Schuldverh. § 287 Note 5.) Die Bürgschaft legt dem Bürgen nicht lästigere Verpflichtungen auf, als die Schuld dem Hauptschuldner. Gläubiger und Hauptschuldner vermögen daher, trotz entgegenstehender Absicht, den Bürgen durch internen Vertrag von den Begünstigungen nicht auszuschließen, die eine spätere Vereinbarung dem Hauptschuldner einräumt. (Nachträgliche persönlich dem Hauptschuldner gewährte Stundung.)

2. Leonhard bei Eck, 568 Anm. 1, hält es für fraglich, ob das BGB. hier das Wort „Einrede" im engeren Sinne nehmen will als Einwendungen.

3. Satz 2. Siber, Rechtszwang: §§ 1137 Satz 2, 1211 Satz 2, KO. § 193 entsprechend anzuwenden auf die Bedürftigkeitseinrede (234 ff.).

4. **RG. 53** 356, JW. **03** Beil. 47: Ist eine Vertragsstrafe zwischen Hauptschuldner und Gläubiger vereinbart, so ist gleichwohl der Bürge nicht befugt, den

Vorbehalt aus § 341 Abs. 3 wirksam zu erklären. Das Unterbleiben der Vorbehaltszahlung ist kein Verzicht. —

Neumann, JW. **03** 132, findet diese Entscheidung nicht unbedenklich, indem er auf den § 768 Abs. 2 aufmerksam macht.

5. **RG.** JW. **03** Beil. 141, 142: Zu den im § 325 Abs. 1 ZPO. Bezeichneten, zwischen denen die Rechtskraft des im Vorprozeß ergangenen Urteils wirkt, gehört der Bürge nicht. Ebensowenig gibt die rechtskräftige Verurteilung des Hauptschuldners dem Gläubiger das Recht, dem Bestreiten des Bestandes der Hauptschuld durch den Bürgen die Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenzustellen. Die entgegengesetzte Auslegung, wonach infolge der rechtskräftigen Verurteilung des Hauptschuldners die Verbindlichkeit festgestellt werde, für deren Erfüllung der Bürge nach § 765 einzustehen habe, und nach § 768 Satz 1 der Bürge nur die dem Hauptschuldner zustehenden, nicht aber die ihm durch die Verurteilung genommenen Einreden geltend machen könne, wird dem gesetzlichen Zusammenhange nicht gerecht. — S. auch JDR. **1** zu § 768 Abs. 1.

6. Huther — s. u. zu § 771 Note 2 —, der den Fall erörtert, daß beim Anerbenrechte zur Zeit des Besitzers das Bauerngut verkauft, aber noch nicht auf den Käufer verlassen ist, bemerkt 76 ff.: Obgleich die AB. zum BGB. den § 768 auf das Haftungsverhältnis des Anerben und Erben nicht zur Anwendung gebracht hat, so muß doch aus dem Gesamtschuldverhältnisse der beiden Abhilfe geschaffen werden; denn sonst würde das unannehmbare Ergebnis eintreten, daß der Käufer von seiner Verpflichtung, Zug um Zug zu leisten, frei sein würde. Allein der Käufer hat doch immer nur einen bedingten Anspruch auf Leistung des Gutes und kann auch dem Anerben gegenüber als dem einen Gesamtschuldner einen unbedingten nicht geltend machen; dies kommt dem Anerben zugute, auch wenn ihm die Erfüllung der Bedingung nicht zugute kommt. Auf einen bedingten Klaganspruch kann nicht eine unbedingte Verurteilung erfolgen.

7. SächsOLG. **24** 266 (Dresden): Der Bürge kann auch gegenüber dem Konkurse des Gläubigers die verbürgte Forderung durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung an den eigenen Gläubiger tilgen, selbst wenn er vom Konkursverwalter nicht in Anspruch genommen worden ist. S. auch u. zu § 773 Note 2.

8. Einwendung aus einem Wettwechsel (**RG. 52** 40) s. o. zu § 762 Note 4 a.

9. Die Verjährung läuft für den Hauptschuldner und den Bürgen ganz getrennt. Suppes, Einredebegriff des BGB. 18 f.

§ 769. Über Kremer, Mitbürgschaft — vgl. JDR. **1** zu §§ 769, 774 usw. — s. Dittenberger, JLBl. **15** 110, im ganzen zustimmend; nur sei Verfasser in der Verwendung des Begriffs nicht ganz konsequent; so sei z. B. auch der Bürge einer Teilschuld als Mitbürge des Hauptschuldbürgen zu betrachten.

§ 770. 1. Langheineken, Anspruch und Einrede 273—274: Die Einrede ist eine aufschiebende, weil der Gläubiger es in der Hand hat, durch Befriedigung der fälligen Gegenforderung die Einrede des Bürgen aus der Welt zu schaffen. Vgl. außerdem § 202 Abs. 2.

2. Götte, A.bürgR. **17** 164 ff., der in der Aufrechnung einen gesetzlich besonders geregelten Fall der Selbsthilfe (§ 229) sieht, bejaht auf Grund dieser Auffassung die Frage, ob der Prozeßbevollmächtigte für seine Partei im Prozeß ohne darauf gerichtete Vollmacht ein angebliches Aufrechnungsrecht geltend machen und dies gegenüber dem zur Entgegennahme nicht bevollmächtigten Prozeßvertreter der Gegenpartei erklären kann. Übt der Bürge das Recht aus § 770 Abs. 2 aus, so macht er eine hemmende Einrede geltend, ohne daß er dadurch eine tatsächliche Aufrechnung, ein Rechtsgeschäft zustande bringt; er nimmt eine reine Prozeßhandlung vor, die zur Abweisung der Klage führt, ohne die Forderung

des Gläubigers und die Gegenforderung des Hauptschuldners zu berühren. Es genügt deshalb auf beiden Seiten die Prozeßvollmacht. — Ist der Schuldner selbst verklagt, und liegt ein Aufrechnungsrecht vor, so handelt der Kläger unbillig, wenn er gleichwohl auf Verurteilung des Beklagten besteht, sofern dieser zufällig aufzurechnen verhindert ist. Treten beide Parteien selbst oder für eine Partei ein mit besonderer schriftlicher Vollmacht zur Abnahme oder Entgegennahme der Aufrechnung versehener Vertreter auf, so hat die Aufrechnung nunmehr zu geschehen. Der Beklagte kann dem Kläger dann nicht Arglist vorwerfen, weil er selbst dessen Handeln durch seine Aufrechnungserklärung hinfällig machen kann. Dann stellt sich der Einwand der erfolgten Aufrechnung als eine rechtsvernichtende Tatsache dar. — Kann aber im Prozesse die Aufrechnung mangels einer dazu erforderlichen Vollmacht auf einer Seite nicht herbeigeführt werden, so ist der Vertreter im Zweifel durch die Prozeßvollmacht seiner Partei im Verhältnisse zu dieser selbst auch bevollmächtigt, die Aufrechnung vorzunehmen. Aber gemäß § 174 kann die Gegenpartei Vorlegung einer besonderen Vollmachtsurkunde zur Aufrechnung verlangen, weil die bloße Prozeßvollmacht die Bevollmächtigung zur Aufrechnung nicht bekundet. Ist der Prozeßvertreter des Beklagten überhaupt nicht zur Aufrechnung, oder der Vertreter des Klägers nicht zur Entgegennahme der Aufrechnung befugt, so finden § 180 Satz 1 und 2 bzw. Satz 3 Anwendung. (Näheres über diesen Fall a. a. O.) — 168: Von dem Schuldner oder seinem Vertreter wird durch die Einrede eine Prozeßhandlung vorgenommen. Zu dieser berechtigt den Vertreter die Prozeßvollmacht, verpflichtet ihn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis (§§ 611, 662 BGB.).

§ 771. 1. Eck 569: Der Gläubiger muß beweisen, daß er die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht habe. A. M. Schollmeyer, Schuldverhältnisse 84; s. dazu auch Leonhard Anm. 1.

2. Huther, Über das Anerbenrecht im Falle, daß zur Zeit des Besitzers das Bauerngut verkauft, aber noch nicht auf den Käufer verlassen ist, MecklZ. **22** 64 ff., — s. auch o. zu § 768 Note 5, — bemerkt 72 ff.: Bei Anerbengütern haften für die Verbindlichkeit des Erblassers zur Veräußerung des Lehns der zu der übrigen Erbschaft berufene Erbe und der Anerbe als Gesamtschuldner, doch jener vor diesem; ferner kann zwar grundsätzlich der Anerbe der Klage wegen einer Verbindlichkeit, für welche der zu der übrigen Erbschaft berufene Erbe zuerst haftet, die Einrede der Vorausklage entgegensetzen, diese Einrede ist aber ausgeschlossen nach § 773 Abs. 1 Nr. 4. Und dieser Fall liegt hier vor. Demnach kann also der Käufer des Gutes wegen Herausgabe und Auflassung desselben den Anerben ohne weiteres in Anspruch nehmen.

Hat nun aus dem Kaufvertrage der Anerbe nur zu leisten, der andere Erbe aber nur zu beziehen? § 774 bringt dem Anerben nur scheinbare Hilfe; denn der Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner (letzten Erben) auf den Bürgen (den Anerben) nützt diesem jedenfalls unmittelbar nichts, weil nach § 275 der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird. Diese Befreiung wird auch dem (zu der übrigen Erbschaft berufenen) Erben zuteil, und der Erbe hat den Umstand, daß das Anerbengut nicht in sein Vermögen gekommen ist, nicht zu vertreten. Demnach war der Erbe schon dem Gläubiger gegenüber von der Verpflichtung zur Leistung des Gutes frei, weshalb der Gläubiger um so mehr unmittelbar den Anerben in Anspruch nehmen kann, für den als Gesamtschuldner die den Erben als anderen Gesamtschuldner befreiende Tatsache nach § 425 Abs. 2 nicht wirkt.

§ 772. Der erfolglose Versuch der Zwangsvollstreckung steht der Einrede der Vorausklage definitiv entgegen, so daß sich der Bürge nicht darauf berufen

kann, der Schuldner sei später wieder zu Vermögen gekommen (Mot. II 670). Leske 308 Anm. 7.

§ 773. 1. Zu Nr. 1 s. Leonhard bei Eck 570 Anm. 1 über die Wechselschuld und **RG. 48** 156.

2. SächsOLG. **24** 266 (Dresden), (s. auch o. zu § 768 Note 7): Der selbstschuldnerische Bürge ist nicht Gesamtschuldner im Sinne des § 421; durch den Zusatz „selbstschuldnerisch" wird an der akzessorischen Natur der Verbindlichkeit nichts geändert.

§ 774. Literatur: Conrades, Bürgschaft und Aufrechnung, R. **03** 308. — Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Rechte. (Graz 1904). — Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225, DJZ. **03** 543. — Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung, R. **03** 249 ff. — Strohal, Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB., DJZ. **03** 373 ff.

1. Grundlegung. Abs. 1.

Koban: In den §§ 774, 1225, 1143, 268, 1150 und 1249 liegen Fälle eines gesetzlichen Eintritts in die Gläubigerrechte samt Nebenrechten (§§ 412, 401) vor, wofür die Motive (II 673) den Ausdruck „Subrogation" gebrauchen.

Außer nach § 774 kann der zahlende Bürge aber auch noch nach Maßgabe des zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden internen Verhältnisses als Mandatar oder Geschäftsführer ohne Auftrag regredieren. Jeder dieser beiden Regreßansprüche hat seine besonderen Vorzüge (41 ff.).

Durch § 774 wird dem Bürgen aber keineswegs ein unbedingter, von dem internen Verhältnisse vollends unabhängiger Regreß gewährt. Auch nach § 774 darf der zahlende Bürge nur insoweit regredieren, als ihm nach den allgemeinen Vorschriften über Auftrag und G. o. A. ein Ersatzanspruch zusteht: nur muß der Schuldner beweisen, daß der Bürge nicht im vollen Umfange des auf ihn übergegangenen alten Forderungsrechts regreßberechtigt ist (51 ff, 75 ff.). Diese Einschränkung der Ausübung der alten Gläubigerrechte auf den Regreßzweck ist durch den letzten Satz im 1. Absatze des § 774 statuiert. Gleiches gilt in den Fällen der §§ 1225 und 1143, wo die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 1 angeordnet ist.

Hingegen liegt in den §§ 268, 1150 und 1249, denen ein dem genannten Satze des § 774 analoger Ausspruch fehlt, ein ganz anders gearteter gesetzlicher Eintritt in die Gläubigerrechte vor. Hier verlangt der Drittzahler auf Grund seiner Zahlung ganz unbedingt die volle Stellung eines gewöhnlichen Zessionars. Über die tieferen legislatorischen Gründe dieser durch das Wesen der Sache gerechtfertigten Statuierung zweier von einander gänzlich verschiedener Arten von Subrogationen s. a. a. O. 98 ff.

2. Grundlegung. (Fortsetzung.)

a) Nach Strohal liegt hier nur sogen. „Einlösungszahlung" (im Gegensatze zur Zahlung mit Tilgungswirkung) vor. Maßgebend für den Forderungsübergang sind die §§ 412, 401. Eine Beschränkung erfährt § 401 dann, wenn neben dem Bürgen, welcher den Gläubiger befriedigt, noch ein anderweiter Bürge für dieselbe Hauptforderung vorhanden ist. Hier greifen §§ 774 Abs. 2, 426 ein. Darin liegt, daß ein den Gläubiger befriedigender Mitbürge gegenüber seinen Mitbürgen nur in gleicher Weise regreßberechtigt ist, wie ein Gesamtschuldner gegenüber den Gesamtschuldnern. Es geht deshalb auf den zahlenden Mitbürgen die Forderung des befriedigten Gläubigers gegen einen anderen Mitbürgen grundsätzlich nur nach Maßgabe des von diesem zu tragenden Anteils über. — Er behandelt im Anschluß daran folgenden Fall: daß dem Gläubiger neben dem Hauptschuldner auch noch ein Bürge und ein von einem Dritten bestelltes Pfand

haften und der Bürge den Gläubiger befriedigt. Es hat den Anschein, als ob der Bürge vermöge des Eintritts in die Rechte des befriedigten Gläubigers sich aus dem Pfande befriedigen kann und daß somit im Verhältnis zwischen Bürgen und Eigentümer der Pfandsache dieser die Last der Schuld zu tragen hat. Wie nun, wenn der Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt? Hier greift § 1225 ein und ferner Verweisung auf § 774. Und folgende Beurteilung scheint am Platze:

α. Die Forderung des befriedigten Gläubigers geht auf den Verpfänder über.

β. Gleichzeitig gehen auf ihn alle Nebenrechte über, und zwar: das Recht des Gläubigers gegen den Bürgen und das Pfandrecht. Ist nun der zahlende Verpfänder Eigentümer der Pfandsache, so erlischt das Pfandrecht infolge des Zusammentreffens von Gläubigerrecht und Eigentum nach § 1256. Somit scheint regelmäßig die praktische Bedeutung des nach § 1225 erfolgenden Eintritts des Verpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers sich darin zu erschöpfen, daß auf den Verpfänder außer der Forderung gegen den Hauptschuldner auch noch das Recht des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen übergeht, so daß bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners die Last der Schuld im Verhältnisse des Verpfänders zum Bürgen von diesem getragen werden zu müssen scheint.

Demnach würde also bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners für die Entscheidung der Frage, wer im Verhältnisse von Bürgen und Verpfänder die Last der Verbindlichkeit zu tragen hat, lediglich der Umstand entscheidend zu sein, wer von den beiden mit der Befriedigung des Gläubigers zuvorkommt. Der Bürge scheint alsdann die Last auf den Verpfänder, dieser sie auf den Bürgen abwälzen zu können.

Die Literatur (Biermann, Planck, Kober bei Staudinger zu § 1225) schwankt. Die Plancksche Auffassung, wonach das Verhältnis des Drittverpfänders zu dem Bürgen zu beurteilen sei wie das Verhältnis unter Mitbürgen, ist nach Strohal auf § 776 als auf den Ausgangspunkt abzustellen. Dem Bürgen, welcher gezahlt hat, ist vom Gesetze der Regreß in dem denkbar weitesten Maße gewährt. Der § 776 sorgt dafür, daß er in seinem Regreßrechte keine Verkürzung erfährt. Die Plancksche Auffassung ist mit dem Grundsatze, daß der den Gläubiger befriedigende Bürge die Last der Schuld, soweit es der Wert des Pfandes zuläßt, auf dieses abwälzen darf, nicht in Einklang zu bringen.

Ebensowenig ist Biermann beizutreten (a. a. O. 376).

Um eine positive Lösung zu gewinnen, zieht er den Fall heran, daß neben dem Bürgen ein von einem dritten Eigentümer hypothekarisch versichertes Grundstück haftet. Hier ist die Möglichkeit einer befriedigenden Lösung dadurch gegeben, daß das hypothekarische Recht des ursprünglichen Gläubigers durch die vom Grundstückseigentümer vorgenommene Einlösungszahlung nicht erlischt, und daß somit für den Bürgen, der den in die Rechte des bisherigen Gläubigers eingetretenen Grundstückseigentümer befriedigt, der Eintritt in die zur Sicherung der Forderung des ursprünglichen Gläubigers bestellte Hypothek eröffnet ist.

Das Pfandrecht an der beweglichen eigenen Sache ist aber in geringerem Maße ausgebildet als die Hypothek am eigenen Grundstücke. Doch kommt § 1256 Abs. 2 in Betracht. Ein „rechtliches Interesse" ist für den Eigentümer jedenfalls dann gegeben, wenn die Sache mit einem weiteren Rechte belastet ist, das dem Pfandrechte des durch die Einlösungszahlung befriedigten Gläubigers im Range nachsteht. Der Verpfänder könnte daher nach bewirkter Zahlung das auf ihn übergegangene Recht des Gläubigers gegen den Bürgen geltend machen.

Wie aber, wenn die Sache mit dem Pfandrechte des befriedigten Gläu-

bigers nachstehenden Rechten nicht belastet ist? Hier hat der Pfandeigentümer die Möglichkeit eines doppelten Vorgehens:

α. Entweder er behält die mit dem Pfandrechte belastete Sache als eine pfandfreie und verfügt über sie. Dann erlischt das Pfandrecht infolge der Vereinigung von Gläubigerrecht und Eigentum in einer Person. Dann ist die Folge, daß der befriedigte Gläubiger gegen den Bürgen das Recht insoweit nicht geltend machen kann, als dieser im Falle des ihm durch die §§ 774, 776 gewährleisteten Eintritts in das Pfandrecht hätte Befriedigung erlangen können.

β. Oder aber, er zieht auch die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechtes des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen bei der Einlösungszahlung in Rechnung. Dann muß er dem von ihm in Anspruch genommenen Bürgen die Möglichkeit des Eintritts in das Pfandrecht offen lassen. Alsdann gilt nach § 126 Abs. 2 das auf ihn übergegangene Pfandrecht als fortbestehend.

b) Hierzu bemerkt Martinius, Strohal prinzipiell beitretend, daß auch nach seiner Meinung im Verhältnisse zwischen Bürgen und Drittschuldner immer der letztere den leidtragenden Teil abzugeben habe. Weiter führt er auf Grund des § 776 aus:

Der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt, hat gegen diesen neben dem Anspruch auf Übertragung der Hauptforderung einen solchen auf Mitübertragung eines bei Übernahme der Bürgschaft bereits für die Hauptforderung bestehenden oder später entstandenen Pfandrechts. Daraus ergibt sich das rechtliche Interesse des Drittverpfänders als des Rechtsnachfolgers des Gläubigers an dem Fortbestande des Pfandrechts nach Befriedigung des Gläubigers, wenn er den Bürgen in Anspruch nehmen will. Einen parallelen Anspruch auf Mitübertragung einer für die Hauptforderung anfänglich bestehenden oder später für dieselbe entstandenen Bürgschaftsforderung hat der Drittverpfänder nicht. Besteht eine solche bei Befriedigung des Gläubigers, so geht sie allerdings mit der Hauptforderung auf den Drittverpfänder über (§§ 1225, 774 Abs. 1, 412, 401). Die Bürgschaftsforderung geht bei Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person des Bürgen stets zugrunde, während der Bürge das Pfandrecht behält. Von einer entsprechenden Anwendung des § 774 Abs. 2 auf das Verhältnis zwischen Drittverpfänder und Bürgen kann nicht die Rede sein. Gleichwohl aber darf man nicht ohne weiteres nun ein Redaktionsversehen annehmen, wenn im § 1225 nicht bloß § 774 Abs. 1, sondern § 774 schlechthin für anwendbar erklärt wurde. Den „Mitbürgen" im § 774 Abs. 2 entspricht im Falle des § 1225 vollkommen der „Mitverpfänder". Die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 auf Mitverpfänder bejaht er. (Dies führt er a. a. O. an praktischen Beispielen durch.)

3. Bürgschaft und Aufrechnung.

a) **RG. 53** 403 ff., JW. **03** Beil. 56, DJZ. **03** 249: Der Bürge kann zwar durch Aufrechnung nicht die Hauptverbindlichkeit, wohl aber seine eigene, die Bürgschaftsschuld, tilgen, und dadurch geht nach § 774 die Forderung gegen den Hauptschuldner kraft Gesetzes auf ihn, den Bürgen, über. Billigkeitserwägungen können an dieser gesetzlich notwendigen Beurteilung der Sachlage nichts ändern.

b) Dagegen wendet sich Sievers: Er stellt und erörtert die Frage, ob der Bürge dem Gläubiger die Befriedigung durch Aufrechnung aufzwingen und durch seine einseitige Aufrechnungserklärung den Übergang der Forderung auf ihn bewirken kann. Denn § 774 gibt keine Auskunft darüber, da er nur sagt: „soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt". Auch die §§ 421 ff. nicht, auf die nur in den §§ 769, 774 Abs. 2 ausdrücklich verwiesen wird. Den Hauptschuldner und den Bürgen — auch nicht den selbstschuldnerischen — aber sieht das Gesetz nicht als Gesamtschuldner an; § 422 ist daher nicht anwendbar. Auch

aus § 765 folgt nicht, daß der Bürge auch berechtigt ist, selber in Person zu leisten. Lediglich die allgemeine Regel aus § 267 kommt in Frage. Geldschulden kann der Bürge allerdings, wie jeder Dritte, bewirken, aber nur die wirkliche Leistung. Ebensowenig wie ein Dritter, so kann auch der Bürge den Gläubiger nicht durch Hinterlegung oder Aufrechnung mit einer eigenen Schuld befriedigen. Denn die Verpflichtung des Bürgen geht nur auf Einstehen dafür, daß der Hauptschuldner die Leistung bewirkt. Trotzdem kann der Gläubiger den Bürgen auf eigene Leistung in Anspruch nehmen; hierin liegt aber nur eine Anwendung des Wiederherstellungsgrundsatzes aus § 249; dann allerdings kann dieser ihn durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung befriedigen. Weiter folgt die Verneinung der obigen Frage aus dem Charakter der Bürgenzahlung als einer sog. Einlösungszahlung (§§ 268, 1142, 1223 Abs. 2, 1249). Jedesmal heißt es hier: „Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen." Im § 774 findet es sich nicht. Ein allgemeiner Grundsatz ist in diesen Bestimmungen nicht zum Ausdrucke gelangt. Dort Real-, hier Personal-Interzession. Dort soll keine Sache dem Berechtigten erhalten werden; es handelt sich um eine besondere Rechtswohltat für den dinglich Berechtigten und den Besitzer einer Sache, die aber dem Bürgen versagt worden ist. Auch der Vergleich mit dem Enteignungs-Charakter jener Vorschriften paßt nicht auf die Bürgschaft, die doch dem Gläubiger zum Vorteile gereichen soll.

Zuletzt betont er noch, daß der vom RG. entschiedene Fall auch unter dem Gesichtspunkte, daß der Übergang nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann, anders hätte entschieden werden müssen.

c) Demgegenüber bedauert Conrades zwar mit Sievers das Ergebnis, hält es aber gleichwohl für richtig, weil das BGB. die Aufrechnung der Zahlung gleichgestellt habe (§ 389). Nach § 389 tritt Erlöschen infolge der Aufrechnung ein; Ausnahmen für irgendwelche Fälle sind nicht bestimmt. Die §§ 268, 1142, 1224, 1249, sowie § 774 Abs. 2 geben kein arg. e contr. ab.

4. Abs. 1 Satz 3 steht der Erteilung der Vollstreckungsklausel für den Bürgen, der den Kläger befriedigt hat und von ihm die rechtskräftig zugesprochene Forderung sich notariell hat abtreten lassen, nicht entgegen. OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 80, 81.

5. Abs. 2. Koban: Mehrere Bürgen haften dem Gläubiger solidarisch (§ 769). Um aber trotzdem eine in wirtschaftlicher Beziehung überaus erwünschte und insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners bedeutungsvolle interne Verteilung der Haftungslast unter die Mitbürgen herbeizuführen, wird im § 774 Abs. 2 den Mitbürgen ein gegenseitiger Regreßanspruch nach der für die Mitschuldner bestimmten Regel des § 426 gewährt.

Somit stehen dem zahlenden Bürgen gegen seine Mitbürgen zwei Ansprüche, nämlich der selbständige Ausgleichungsanspruch nach § 426 Abs. 1 und in demselben Umfange wie dieser der Regreß auf Grund der alten Bürgschaftsrechte nach § 426 Abs. 2 zu. Der erstgenannte Anspruch gewinnt praktische Bedeutung insbesondere dadurch, daß seine Verjährung wohl im Momente der Zahlung durch den regreßberechtigten Bürgen zu laufen beginnt, während hinsichtlich der alten Bürgschaftsrechte in diesem Zeitpunkt in der Regel schon ein Teil der Verjährungsfrist abgelaufen sein wird (171).

Obwohl § 774 Abs. 2 kurzweg auf § 426 verweist, muß bei der Anwendung des § 426 Abs. 1 auf die Mitbürgen, weil dieselben nur Nebenschuldner sind, doch die Einschränkung vorgenommen werden, daß der zahlende Bürge auch gegen seinen Mitbürgen nur insoweit regredieren darf, als er gegen den Hauptschuldner regreßberechtigt ist, ferner daß sich die regreßpflichtigen Bürgen auch dem

zahlenden Mitbürgen gegenüber stets auf die Subsidiarität ihrer Haftung berufen können (151 ff., 173 ff.). Vgl. **RG. 52** 220 ff. über einen Fall der Wechselbürgschaft.

6. Über das bezüglich der Voraussetzungen des § 774 anzuwendende internationale Recht s. oben zu § 765 Note 3.

§ 775. Leonhard bei Eck, 572 Anm. 1, bemerkt: Die Ansprüche aus § 775 sind versagt: a) dem fidejussor in rem suam, der nach außen hin als Bürge auftritt, während er Hauptschuldner ist und der wahre Bürge die Rolle des Hauptschuldners spielt; b) dem fidejussor donandi animo, der den Hauptschuldner durch Tilgung seiner Schuld beschenken will und diese Absicht durch die Form eines Bürgschaftsversprechens verschleiert.

§ 776. Koban: Soll die im § 774 Abs. 2 angeordnete gleichmäßige interne Verteilung der Haftungslast unter die Mitbürgen in konsequenter Weise durchgeführt werden, so muß diese Repartition auch gegen Willkürakte des Gläubigers geschützt sein.

Diesem Zwecke dient § 776, der jedoch expressis verbis nur von der Entlassung eines Mitbürgen spricht. Da aber das gleiche Ergebnis wie durch die Entlassung eines Mitbürgen auch dadurch erreicht wird, daß der Gläubiger einem von mehreren Bürgen das ganze alte Forderungsrecht zediert, so muß auch in diesem Falle § 776 zur entsprechenden Anwendung kommen, ebenso kraft zwingender Analogie dann, wenn der Gläubiger einen der Bürgen oder ein Bürge den Gläubiger beerbt (160 ff., 176).

Schneider, Treu und Glauben, 226, will gegen Neumann (1) zu § 776 Anm. 1, a, der auf Grund der §§ 242, 157 eine dem ALR. I. 14 § 319 entsprechende Entscheidung über die Sorgfalt des Gläubigers in Beitreibung seiner Forderungen gegen den Hauptschuldner zugunsten des Bürgen trifft, dem Bürgen die entsprechende Einrede nur bei böswilliger Schädigung durch den Gläubiger nach §§ 823, 826 geben; im übrigen habe sie das BGB. mit Recht übergangen (näheres daselbst).

§ 777. 1. OLG. **6** 450, Seuff. A. **58** 228 (Dresden): Eine der Bürgschaftsübernahme beigefügte Zeitbestimmung bezweckt, namentlich, wenn es sich um Bezeichnung erst künftig entstehender Schulden aus einem dauernden Rechtsverhältnisse handelt, die Bezeichnung des Gegenstandes der Bürgschaft. Verschieden hiervon ist die zeitliche Befristung der Bürgschaftshaftung selbst, die möglicherweise sowohl für eine bestehende Schuld eintreten kann, — diesen Fall hat z. B. § 777 ausschließlich im Auge, — als für erst zukünftig entstehende Schulden. Letzterenfalls bedarf es einer zweifachen Zeitbestimmung: einer, die sich auf die Hauptschuld bezieht und den Gegenstand der Bürgschaft bezeichnet, und einer, die sich auf die Dauer der Bürgschaftshaftung selbst bezieht. Welche Bedeutung eine derartige Zeitbestimmung habe, ist lediglich Auslegungsfrage des einzelnen Falles. Eine Vermutung dafür, daß sie im Zweifel sich, wenn es sich um erst zukünftig entstehende Schulden handelt, lediglich auf diese beziehe, besteht aber nicht; die Befristung der Bürgschaft kann auch aus der Lage des einzelnen Falles entnommen werden (ROHG. 5 356).

2. Siber, Rechtszwang 39 ff.: Keine Pflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen zur sorgfältigen Beitreibung der Hauptschuld.

3. **RG.** JW. **03** Beil. 115: Erklärt der Bürge seine Zustimmung dazu, daß der Gläubiger das Kapital noch „einige Zeit" stunde, so gibt er die Beschränkung seiner Haftung auf bestimmte Zeit auf, wenn er nicht die Zeit der Stundung sogleich durch einen bestimmten Termin begrenzt oder späterhin einen Endtermin setzt. Tat er dies aber nicht, so war der Gläubiger zu einer den Bestimmungen des § 777 entsprechenden Diligenz nicht verpflichtet. Der Mangel

einer weiteren zeitlichen Begrenzung durch den Bürgen kann durch richterliches Ermessen nicht ersetzt werden.

§ 778. Literatur: Foerster, Der Kreditauftrag. Leipzig 1903. — Weidemann, Der Kreditauftrag, Goldschmidts Z. 53 429 ff.

1. Dogmatisches. Grundlegung. Vgl. JDR. 1 zu § 778 Note 1, 2.

a) Foerster faßt den Kreditauftrag auf Grund der Entwickelung desselben im römischen Rechte abweichend von der gesamten bisherigen Literatur als ebenso von der Bürgschaft wie vom Auftrage fundamental verschiedenen Schadloshaltungsvertrag mit Beziehung auf den Tatbestand eines Kreditierungsgeschäfts auf, das er sicherzustellen bestimmt ist (Darlehen, Verwahrungsvertrag im Sinne von § 700, Verkauf unter Übereignung der verkauften Ware, Tausch bei gleicher Voraussetzung, nicht dagegen: gewöhnlicher Verwahrungsvertrag, Verpfändung einer Sache, Miete, Leihe, auch nicht Stundungsvertrag im Sinne der l. 12 § 14 Dig. mandati 17,1). Nach den Ausführungen des Verfassers sind die hauptsächlichen Eigentümlichkeiten des Kreditauftrags (abgesehen von seiner Formlosigkeit, Unentgeltlichkeit und der Pflicht des Gläubigers zur Zession der Hauptforderung samt omnis causa bei Zahlung): unverzichtbare und absolute Subsidiarität, Diligenzpflicht des Gläubigers (zugleich Unzuständigkeit aller Einreden aus der Person des Hauptschuldners für den Kreditmandanten), Rechtssätze, die dem auf materieller Identität von Bürgen- und Hauptschuld aufgebauten Bürgschaftsrecht durchaus fremd sind. Vom Auftrag unterscheidet sich der Kreditauftrag dadurch, daß der Kreditmandatar mit der Vornahme eines negotium proprium (der Kreditgewährung) „beauftragt“ wird, während beim Auftrage das vorzunehmende Geschäft stets auf Rechnung des Auftraggebers geht; infolgedessen gibt es beim Kreditauftrage weder eine Klage auf Ausführung des Auftrags, noch ist Widerruf oder Kündigung nach Abschluß des Vertrags statthaft, es fehlt die Vorschußpflicht, die Pflicht zur Rechnungslegung usw.

Auch nach BGB. ist der Kreditauftrag ein solcher Schadloshaltungs- oder Garantievertrag, da § 778 den Kreditauftrag weder als Auftrag noch als Bürgschaft bezeichnet, überhaupt keine Definition, sondern nur die Beschreibung des praktischen Tatbestandes gibt, mithin aber freie wissenschaftliche Forschung Platz zu greifen hat, die, gestützt auf das römische Recht und den normalen Parteiwillen, obiges Resultat ergibt. Nach BGB. finden die Bürgschaftsvorschriften (und zwar §§ 767—777) auf den Tatbestand eines Auftrags zur Kreditgewährung nur dann Anwendung, wenn aus der Kreditgewährung eine Verbindlichkeit entstanden ist und mit Sicherheit weder festgestellt werden kann, daß die Parteien Bürgschaft oder Garantievertrag gewollt, noch daß sie eines von beiden nicht gewollt haben. Das Wort „Verbindlichkeit“ im § 778 ist als „Kreditverbindlichkeit“ zu interpretieren. Im übrigen gilt infolge des Schweigens des BGB. Garantievertragsrecht mit den oben bezeichneten Rechtssätzen, also sowohl für das Stadium des Kreditauftrags vor der Kreditgewährung, als für den Fall, daß aus dieser eine Verbindlichkeit für den Dritten nicht entsteht. Dagegen ist trotz der entgegengesetzten Behauptung der Protokolle vermöge der fundamentalen Verschiedenheit von Kreditauftrag und Auftrag die Anwendung der gesamten Auftragsvorschriften des BGB. (insbesondere der §§ 662, 669, 671, 673) auf den Kreditauftrag ausgeschlossen. — Die ausführliche Begründung des Standpunkts des Verfassers vgl. 170 ff. seiner Schrift.

b) Weidemann hält weder die Beweisführung von Bendix (JDR. 1 zu § 778 Note 2) noch die von Eccius (ebenda Note 1) für einwandfrei; man muß von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausgehen (438). Der Zweck des Kreditauftrags ist: daß ein vorhandenes Kreditbedürfnis befriedigt werde durch das Eingreifen des Auftraggebers, der als Kreditvermittler zwischen einen Kapitalisten

und den Kreditsucher tritt (435). Die übliche Scheidung — Auftrag zur Begründung eines neuen und Auftrag zur Verlängerung eines bestehenden Kreditverhältnisses — ist ohne innere Bedeutung. Es handelt sich immer gleichmäßig darum, daß dem Dritten durch die Ausführung des Auftrags die Nutzung der Kreditmittel des Kapitalisten ermöglicht wird. Dem Kreditbedürftigen wird durch die Nichteinforderung eines früher gegebenen Darlehens wirtschaftlich genau so geholfen, wie durch die Gewährung eines neuen (437). Doch könnte man in Fällen, wo ein akutes Kreditbedürfnis sofort befriedigt wird, von „Realkreditaufträgen" und in Fällen, wo dem Bedürfnisse des Dritten nach einer finanziellen Stütze abgeholfen werden soll, von „Krediteröffnungsaufträgen" sprechen. Nach ihm ist der Kreditauftrag begrifflich ein Mandatsvertrag, inhalts dessen der Beauftragte verpflichtet ist, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung diejenige Willenserklärung abzugeben, welche erforderlich ist zum Abschluß eines ihm vom Auftraggeber bestimmt bezeichneten und dessen Interessen dienenden Kreditgeschäfts zwischen ihm und einem Dritten; und inhalts dessen der Auftraggeber die ihn wegen der Ausführung des Auftrags ex mandato treffende Schadloshaltungspflicht besondererweise erst und nur als Nachschuldner hinter dem Hauptschuldner zu erfüllen braucht (443). Aus den römischen Quellen leitet er den Mandatscharakter des Kreditauftrags ab, der bisher keine Änderungen erfahren habe (443 ff., 449). Auch für das BGB. (§ 778) besteht kein Recht, die Worte „Beauftragter", „Auftrag" usw. anders als im technischen Sinne zu nehmen. Das Geschäft ist als Geschäftsbesorgungsvertrag aufzufassen, und zwar deckt der Tatbestand des § 778 sowohl den Fall des unentgeltlichen als den des entgeltlichen (§§ 662, 675) Kreditauftrags (454).

Über verwandte Geschäfte 454 ff. (Rat, Ermächtigung, Garantievertrag, Bürgschaft, Akkreditiv). — Beim Rat fehlt jeder animus obligandi des Ratenden; er „meint" bloß, aber er „will" nicht. Die Ermächtigung stellt die einfachste Form der Garantieübernahme dar, kann jederzeit bis zur Befolgung widerrufen werden und soll vor allem eine Bindung des anderen nicht hervorbringen. Ein Garantievertrag im engeren Sinne kann gemeint sein, wenn der Ermächtigende an sein Garantieversprechen unwiderruflich gebunden sein, dagegen dem anderen in seinen Entschlüssen Freiheit lassen will. Den Garantievertrag trennt der selbständige Charakter der dadurch begründeten Garantiehaftung von der Bürgschaft, die einseitige Natur des Geschäfts von dem Kreditauftrag. Der Bürgschaft ist im Gegensatze zu diesem strengste Einseitigkeit des Verhältnisses, strengste Akzessorietät und das Fehlen einer kausalen Beziehung zum vollzogenen Kreditgeschäft wesentlich. So auch bei der Kreditbürgschaft und der Schadloshaltungsbürgschaft. Das Akkreditiv kann mit dem Kreditauftrage die Mandatsnatur teilen. Aber bei diesem Geschäfte soll der Beauftragte auf eigene Rechnung dem Dritten kreditieren, bei jenem auf Rechnung des Auftraggebers zahlen. Beim Akkreditiv bestehen und entstehen Rechtsbeziehungen nur zwischen dem Adressanten und dem Adressaten, sowie dem Adressanten und dem Akkreditierten. Aber dieser tritt in keinen Obligationennexus zum Adressaten. Der Adressat erhält also, wenn er zahlt, nicht zwei Schuldner, wie der durch Bürgschaft, durch Kreditmandat gesicherte Gläubiger, sondern nur einen (456). — 456 ff. über die Vorschrift selbst. 456—458 Übersicht der verschiedenen Ansichten und Vorgeschichte. Die Ansicht, daß der KA. wenigstens von seiner Ausführung an als reine Bürgschaft zu behandeln sei, wird bekämpft (459). Der KA. ist seiner Natur nach Auftrag, nicht Bürgschaft. Maßgebend ist die Struktur des Verhältnisses, nicht die — ungerechtfertigte — Systematik des Gesetzes. Außerdem sind die Erwägungen der Kommission (s. a. a. O.), auf die sich jene Ansicht stützt, widerspruchsvoll und unrichtig (näheres

459). Der Inhalt des § 778 ist nur: „Wenn und soweit aus der auftragsgemäßen Kreditgewährung eine Verbindlichkeit des Dritten gegen den Beauftragten erwächst, so ist bezüglich dieser Verbindlichkeit des Dritten der Auftraggeber Bürge des Beauftragten.“ Die Regelung aller übrigen Fragen folgt aus der Struktur des Verhältnisses als eines Geschäftsbesorgungsvertrags (460). — Über die einzelnen Normen 461 ff. Die Kreditauftragserteilung ist Vertragsofferte: §§ 145 ff., daneben die §§ 663 BGB., 362 HGB. (461). Keine Form; § 766 ist nicht anwendbar (**RG. 50** 160) (462). Besonders häufig kommen §§ 663 BGB., 362 HGB., 151 BGB. in Betracht; eine Pflicht zur Annahme nur ausnahmsweise (ROHG. **15** 282), häufig aber Ablehnungspflicht nach § 663 BGB. (**RG. 27** 120), § 362 HGB. (462), häufig auch § 151 (näheres 463). — Unanwendbar sind folgende Mandatsnormen: § 669 (Vorschußpflicht): diese steht mit dem wirtschaftlichen Zwecke des KA. in Widerspruch und würde ihn praktisch unverwendbar machen (464); auch bliebe kein Raum für die Bürgenhaftung des Kreditmandanten, die ein vorhandenes Risiko des Kapitalisten (Kreditmandatars) voraussetzt; ist aber Vorschuß geleistet, so fällt für diesen jeder Sicherungsgrund weg (465). Unanwendbar: §§ 664, 673, die in der persönlichen Natur des Auftragsverhältnisses wurzeln; beim KA. hängt die Leistungsfähigkeit mehr am Geschäft als an der Person des Inhabers. Der § 664 ist nur mit Vorsicht, § 673 überhaupt nicht anzuwenden (465). Unanwendbar auch § 667 (näheres 466, 467). — Suspendiert ist auch § 670, soweit eine Verbindlichkeit des Dritten aus dem gewährten Kredit entstanden ist. Auch da unanwendbar, wo es gemäß der Auftragserteilung erst zum Abschluß eines Krediteröffnungsvertrags gekommen ist. § 775 ist analog anwendbar, solange Kreditposten für den Beauftragten noch nicht entstanden sind, nachher greift § 778 unmittelbar ein (467). — Über die Aufrufsmöglichkeit (§§ 671—675 mit 627; 643, 649); s. 468 ff. Für die unentgeltliche Kreditgeschäftsbesorgung gilt § 671 (468). Die Frage ist, was im Falle der Entgeltlichkeit gilt, da § 675 den § 671 nicht mitzitiert und stillschweigend auf die §§ 626, 627 einerseits und die §§ 643, 649 andererseits verweist. Da weder Dienst-, noch Werkvertrag anzunehmen ist (s. 468 ff.), so muß man die Kündigungsfrage nach der Natur des Verhältnisses beantworten im Anschluß an ROHG. **23** 137 ff., SächsA. **29** Nr. 135 (470): beim entgeltlichen KA. hat der Beauftragte ein Widerrufsrecht, zwar nicht nach Belieben, wohl aber bei „wichtigen“ Gründen (näheres 470, 471). — Über die Diligenzpflicht des Beauftragten 471 ff. Die Pflicht zur Diligentia in exigendo liegt in dem bedingten Charakter der Haftung des Kreditmandanten (näheres 471, 472, insbesondere Anm. 29).

Über den Inhalt der Pflicht 472 ff.: U. U. hat der Mandatar die Pflicht, einstweilen von der Kreditgewährung abzusehen und Nachricht zu geben, wenn er erfährt, daß der Dritte ein Schwindler ist (§§ 665, 666 BGB.), vgl. ROHG. **20** Nr. 15 (473). Die Kreditgewährung muß unter all den Kautelen erfolgen, die bei ordnungsmäßig geführten Geldgeschäften befolgt werden: ausreichende Beweismittel, Schuldschein (473). Besonders bedeutungsvoll nach Ausführung des Geschäfts, weil jetzt formell der Beauftragte Herr des Geschäfts ist, anfechten, kündigen, einziehen und klagen kann; dementsprechend muß er handeln (473). Handelt es sich um einen Auftrag zur Krediteröffnung, so muß der Beauftragte u. U. gemäß § 610 dem Dritten den Kredit sperren (474). Der Beauftragte muß, soweit er in der Lage ist, im gewöhnlichen Geschäftsbetriebe das ihm erkennbare Interesse des Mandanten zu vertreten, dies tun (474). Die Tragweite der Haftungsvorschrift des § 778 ist eine doppelte, insofern sie sowohl Umfang als auch Inhalt der Haftung des Auftraggebers abweichend vom Mandatsrechte nach reinem Bürgschaftsrechte normiert (474 ff.), dargelegt an einem

praktischen Falle hinsichtlich des Umfanges (474—476). Tiefer noch als der Umfang wird der Inhalt der Garantiepflicht des Kreditmandanten durch § 778 getroffen (476 ff.). Während die Ersatzpflicht des gewöhnlichen Auftraggebers irgendwelche aus dem Mandatsrecht entspringende Besonderheiten nicht aufweist, umschließt die Bürgenhaftung als integrierende Bestandteile alle die mannigfachen Rechtswohltaten, mit denen das Gesetz sie besonders ausgestattet hat: §§ 768, 770, 771 ff., 776 ff., 775, vor allem § 774. — Über das Verhältnis zwischen Kreditauftraggeber und dem Dritten 477. Im Normalfalle wird der Kreditvermittler auf Ersuchen des Dritten, oder doch in seinem Interesse tätig; die §§ 778, 775, 774 regeln die Regreßbeziehungen abweichend vom Mandat, teils die Stellung des Kreditmandanten einengend (§§ 670, 257, 671 sind hier suspendiert, nur Befreiungsanspruch nach §§ 775, ZPO. §§ 887, 893), teils sie erweiternd (§ 774). Im Falle des Konkurses des Dritten entspringen für den Auftraggeber aus § 778 keine besonderen Rechtswirkungen (478).

2. Dogmatische Einzelheiten.

a) Leonhard bei Eck 573 Anm. 3 will die Definition des Textes durch die Worte „und auf Gefahr des Auftraggebers" oder in ähnlicher Weise ergänzt wissen.

b) Eck 574: Auch ein Hypothekengläubiger, der die Bauhandwerker beauftragt, dem Bauunternehmer Kredit zu gewähren, haftet ohne Schriftlichkeit.

3. **RG. 50** 160 ff. — s. JDR. **1** zu § 778 Note 4 — jetzt auch in Seuff. A. **58** 57 ff. (Formfreiheit des Kreditauftrags).

Labes, DJZ. **03** 173 hebt demgegenüber bezüglich des Unterschieds zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag hervor: bei der Übernahme der Bürgschaft für eine künftige Schuld steht es grundsätzlich dem künftigen Gläubiger noch frei, die Kreditgewährung abzulehnen; ein Kreditauftrag kann nur dann angenommen werden, wenn sich der Gläubiger dem Auftraggeber verpflichten wollte, dem Dritten Kredit zu geben.

Neunzehnter Titel.

Vergleich.

Vorbemerkung: Umfassende literarische Behandlung ist dem Vergleich im Berichtsjahre nicht zuteil geworden. Allerdings befaßt sich die Arbeit von Hedemann auch mit den begrifflichen Grundlagen. Im übrigen sind nur eine Reihe nicht allzuviel Neues bringender Entscheidungen zu verzeichnen gewesen, deren Ergebnisse im wesentlichen miteinander übereinstimmen und zumeist den Begriff des Vergleichs eher ausdehnend als einengend auslegen, um das Institut möglichst innig seinem wirtschaftlichen Zwecke und dem täglichen Leben dienstbar zu machen.

Literatur: Eck-Leonhard, s. d. früheren Titel. — Hedemann, Der Vergleichsirrtum nach dem Rechte des Deutschen Reiches. Jena 1903.

§ 779. 1. Begriff. Einfluß des Irrtums.

a) Hedemann: Nach einem historischen Teile beginnt der dogmatische Teil mit einer Untersuchung des Begriffs „Vergleich" im Sinne des BGB. Leitsätze sind dabei: Nicht nur das Vorliegen der „Ungewißheit" des Abs. I, sondern auch die Frage, ob „Unsicherheit" nach Abs. II vorliege, ist vom subjektiven Standpunkte der Parteien zu prüfen; ihr Zweifel an der Möglichkeit der Verwirklichung des Anspruchs genügt (63 f.). Andererseits muß die Unsicherheit beiderseitig sein, einseitige Ängstlichkeit oder Berechnung des Gläubigers genügt nicht (65). A. M. Biermann. — Wenn dem Schuldner allein ein Vorteil, z. B. auf sein Bitten hin Stundung oder Ratenzahlungen gewährt werden, liegt kein „gegenseitiges Nachgeben", also kein Vergleich im Sinne des BGB. vor (66 f.) Dagegen fallen solche Verträge unter den Begriff des Vergleichs

nach der ZPO., der nicht an die Definition des § 779 gebunden ist, sondern sogar reine Anerkennungsverträge mit umfaßt (67 ff.) Zustimmend Biermann; Freudenthal, Buschs Z. **32** 477 und Handausgabe (2) Anm. 4a zu § 160; Klingmüller, Schuldversprechen 97 Anm. und 98, Ende des 1. Abs. Ablehnend dagegen, wenigstens de lege lata: Manigk, JLBl. **03** 60.

b) Die Irrtumslehre hat folgende Gebiete scharf zu sondern:

α. Das Gebiet der bestrittenen und ungewissen Punkte. Hier ist spätere Aufklärung unerheblich (§ 11; 92 ff.). Arglistige Täuschung wirkt aber auch hier nach den sonstigen Regeln, vornehmlich der §§ 123, 823 (95 u. 124).

β. Das Gebiet der „festen Grundlage". Es ist im § 10 (84 ff.) scharf herausgearbeitet. Irrtum über einen Punkt dieser speziellen Vergleichsgrundlage hat entgegen den allgemeinen Irrtumsregeln nicht Anfechtbarkeit, sondern Unwirksamkeit zur Folge (§ 13, Resultat 109). Auf dem Ausfall einer stillschweigenden Bedingung ruht dieses Ergebnis nicht. Zustimmend Manigk a. a. O.

γ. Das Restgebiet. Darein fallen alle Parteigedanken, welche sich als irrtümliche herausstellen, ohne daß damit jeder Grund des Streites oder der Ungewißheit in Wegfall käme, die also durch die Worte „und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde" von der festen Grundlage (s. o. β) abgeschieden werden. Meist wird es sich dabei um Irrtum über Eigenschaften der umstrittenen Sache handeln (111). Es fallen ferner in das Restgebiet irrtümliche Gedanken ausschließlich des einen Kontrahenten, die also durch die Worte „nach dem Inhalte des Vertrags" von der festen Grundlage ausgeschieden werden (114). Für Fälle beider Arten gilt der Satz: Irrtum, der nicht nach den Sonderregeln des Vergleichs zu behandeln ist (s. o. zu α u. β), fällt unter die allgemeinen Regeln und kann vor allem nach Maßgabe des § 119 zur Anfechtung führen (§ 14).

Der Generalvergleich, Alimentationsvergleich, die Sachlage bei späterer Auffindung eines rechtskräftigen Urteils, das Vorliegen von laesio enormis bringen keine Abweichungen von obigen Regeln (§ 15).

2. Dogmatische Einzelheiten.

a) Nach Leonhard bei Eck 574 Anm. 4 läßt sich auch die Formel „Vermeidung eines Gerichtsverfahrens" anwenden.

b) Eck 574—575, Beispiele: Ein Testament, dessen streitige Punkte durch Vergleich geordnet werden, erweist sich später als nichtig, die Schwangerschaft, wegen deren über den ungewissen Alimentenanspruch ein Vergleich abgeschlossen, war fingiert. Der Irrtum muß sich also auf einen Beweggrund beziehen.

c) 575: Unwirksamkeit heißt hier Nichtigkeit. Ebenso Leonhard Anm. 2 unter Verweisung auf seinen Allg. Teil, 428 ff.

3. Novation? **RG.** JW. **03** Beil. 96 (s. auch o. zu § 607 Note 8, u. zu § 782 Note 3) sieht im § 779 einen Fall der Novation. S. auch David, u. zu Note 7c: Der novatorische Charakter ist dem Vergleiche nicht wesentlich.

4. Tarifvertrag und Vergleich.

Lotmar, Arbeitsvertrag 770 ff.: Der Tarifvertrag ist kein Vergleich im Sinne des § 779. Doch kann sich zu ihm ein Vergleich gesellen. Der Weg „gegenseitigen Nachgebens" braucht nicht beschritten zu werden. Möglicherweise geht seinem Abschluß ein Streit um die Tarifbedingungen vorher; folgt dann ein Nachgeben, so bildet dessen Resultat der Tarifvertrag, aber es gehört nicht wie im § 779 zum Tatbestand. Außerdem wollen die Parteien beim Tarifvertrag ein Rechtsverhältnis begründen, nicht Streit oder Ungewißheit beseitigen. Auch kann er im tiefsten Frieden und bei voller beiderseitiger Gewißheit über das bisherige Rechtsverhältnis geschlossen werden.

5. Vergleich über Differenzgeschäft. S. insbes. darüber o. zu 762 Note 2e, 3.

Trumpler, Goldschmidts Z. **50** 475 ff.: Ein Vergleich über die Frage, ob ein Differenzgeschäft vorliegt oder nicht, ist wirksam. Ein Scheingeschäft würde vorliegen, wenn ein Streit oder eine Ungewißheit über die rechtliche Natur des Geschäfts in Wahrheit nicht bestand. Dagegen liegt Gesetzesumgehung nicht vor, weil — s. **RG. 26** 184 — dies nur bei verbietenden oder gebietenden Gesetzen möglich ist, die Spiele aber im allgemeinen erlaubt sind.

6. Formfreiheit.

a) **RG.** BraunschwZ. **50** 45 — s. auch unten Note 8 —: Der Vergleich als solcher ist formlos, mag auch in ihm die Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek übernommen worden sein, es kommt weder § 313 noch § 873 in Betracht.

b) Der Vergleich ist an keine Form gebunden. Ist aber für die Rechtsänderung, die durch ihn herbeigeführt werden soll, die Beobachtung einer Form erforderlich, so ist diese auch bei Abschließung des Vergleichs einzuhalten. Bayr ObLG., R. **03** 42.

7. Einzelne Fälle, insbes. aus der Rechtsprechung.

a) **RG.** JW. **03** Beil. 100—101 — s. auch unten zu § 782 Note 4 —: In dem Begriffe „Nachgeben" handelt es sich nicht um einen technisch juristischen, sondern um einen geläufigen Ausdruck des täglichen Lebens, der eben deswegen nicht im engeren juristischen Sinne, sondern in dem weiteren Sinne auszulegen ist, den der Sprachgebrauch mit ihm verbindet. Das Opfer, das der eine Kontrahent dem anderen bringt, kann in einem teilweisen Verzicht auf das in Anspruch genommene Recht, in teilweiser Anerkennung des Rechtes des anderen oder in irgendeiner anderen Leistung bestehen.

b) OLG. **6** 8 ff. (Karlsruhe): Für den Begriff des Vergleichs kommt es auf die Bezeichnung des Vertrags als eines „Vergleichs" nicht an; ausschlaggebend ist nur der materielle Gehalt des Vereinbarten. — Es wurde ein Vergleich in einer vertraglichen Einigung erblickt, bei der das Wesentlichste darin bestand, daß zwischen den Parteien der Rechtszustand gelten sollte, der bestände, wenn die Klage nie erhoben worden wäre. Hiermit war die gesamte prozessuale und materiell-rechtliche Wirkung der Klagerhebung und des gesamten erstinstanzlichen Verfahrens beseitigt und eine reine Kostenfrage erwachsen, in welcher sich der eine Teil als unterlegen behandeln ließ. — Belanglos ist, daß die materiellrechtlichen Beziehungen der Parteien überhaupt nicht oder nur nebensächlich berührt werden, auch, daß anscheinend der Rechtsstreit nicht durch Vertrag, sondern durch eine einseitige Erklärung des Klägers (die Zurücknahme der Berufung) beendigt worden ist. Denn diese Erklärung ist ein Teil der Erfüllung des Vergleichs.

c) David, R. **03** 12—13: Es kann im Wege des Vergleichs ein Rechtsverhältnis in eine andere juristische Form gebracht, z. B. an die Stelle eines strittigen Kaufvertrags eine Darlehensschuld gesetzt werden. In solchem Falle tritt völliges Erlöschen des ursprünglichen und die Schaffung eines neuen selbständigen Rechtsverhältnisses ein. Eine novatorische Wirkung dieser Art ist aber an sich nichts dem Vergleiche Wesentliches. Ein Vergleich kann auch lediglich darin bestehen, daß der Streit oder die Ungewißheit im Inhalt eines Rechtsverhältnisses selbst etwas geändert wird. (Verzicht auf Einreden, teilweise beiderseitige Anerkennung usw.).

d) **RG. 54** 165 ff., JW. **03** Beil. 57: Die rechtliche Natur des Vergleichs wird durch den das Geschäft beherrschenden Zweck bestimmt, zu dessen Erreichung sich die Parteien der mannigfachsten rechtlichen Mittel bedienen können. Der Vergleich

kann namentlich auch auf die entgeltliche Veräußerung einer Sache gerichtet sein. Dann finden die §§ 493, 462 (Gewährleistungs-, Wandelungs-, Minderungsanspruch) auch bezüglich der vergleichsweise geleisteten Sache Anwendung; doch erstreckt sich der Anspruch nur auf den Vergleich als Veräußerungsgeschäft und auf die vergleichsweise gegebenen Sachen.

8. **RG.** BraunschwZ. **50** 45 (s. oben Note 6): Ein Vergleich ist nach § 779 zu beurteilen, wenn er sich auch auf einen Bereicherungsanspruch auf Rückgabe einer 1899 geleisteten Anzahlung betreffs eines nichtigen Immobiliarkaufvertrags bezieht.

Zwanzigster Titel.

Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung: Das Wesen der abstrakten Schuldverbindlichkeiten hat auch diesmal eingehende Beleuchtung erfahren. Die schwierigsten und zugleich auch praktisch bedeutsamsten Fragen ergeben wohl die „eigentümlichen Beziehungen", die noch „zwischen dem abstrakten Schuldverhältnis und dem Kausalmomente trotz dessen Ausscheidung" stattfinden (Klingmüller, s. u. Note 1b). v. Tuhr, der sich (s. Note 2) gleichfalls mit ihnen befaßt, vertritt zum Teil von Klingmüller abweichende Ansichten, insbesondere bezüglich der Bedeutung der §§ 134, 138 für das fragliche Gebiet. Über das Grundsätzliche freilich (regelmäßig nur Rekurrierbarkeit auf § 812) scheint, wie auch die Noten 2—5 erkennen lassen, Einigkeit zu bestehen. Über den § 782 hat nur Regelsberger gehandelt. —

Literatur: Eck-Leonhard, s. die früheren Titel. — Klingmüller, Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des BGB. für das Deutsche Reich. Jena 1903. — Regelsberger, Die rechtliche Natur der Abrechnung, Jherings J. **46** 1 ff. — v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen. Leipzig 1903.

§§ 780 ff. 1. Dogmatisches. Grundlegung. S. JDR. **1** zu §§ 780 ff.

a) Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis gehören beide zu den abstrakten obligatorischen Verträgen, die — im Gegensatze zu den kausalen Verträgen — der causa gegenüber selbständig sind, da bei ihnen der Schuldner den natürlich vorhandenen und bei der Abgabe der Willenserklärung vorgestellten rechtlichen Zweck nicht angibt und nicht anzugeben braucht. Die §§ 780—782 sind der Endpunkt einer langen Entwickelung, welche die abstrakten obligatorischen Versprechen vom römischen Rechte durch das gemeine bis zum BGB. genommen haben (53).

b) Bei der Regelung abstrakter Schuldverhältnisse kann die Rechtsordnung die Wirksamkeit des sog. „abstrakten Verpflichtungswillens" nur an objektive Kriterien fesseln; diese bestehen in §§ 780, 781 in der verordneten Schriftform, im § 782 in der Abrechnung, einem nach außen hin sich abhebenden Vorgange, der sich meist unter Vorlegung von Geschäftsbüchern und gegenseitigen Rechnungen oder Verwendung von Feder und Kreide abspielt und als genügend unzweideutige Grundlage für die Begründung des abstrakten Schuldverhältnisses gilt (59 ff.).

c) Es wird nur die Beobachtung der einseitigen Schriftform erfordert; der Vertrag ist nur auf der einen Seite formalisiert, nämlich bezüglich der vom Schuldner abzugebenden Erklärung. Die Annahme durch den Gläubiger kann auch durch schlüssige Handlungen oder Stillschweigen erfolgen; in der Regel geschieht sie durch Entgegennahme der vom Aussteller überreichten Urkunde; deshalb wird die Tatsache der Annahme und somit des Vertragsschlusses regelmäßig durch den Besitz der Urkunde als bewiesen anzusehen sein. Telegraphische Übermittelung und Vertragsschluß durch Briefwechsel ist

als Ersatz nicht zugelassen. Falls aber der Brief oder die Postkarte des Schuldners an den Gläubiger den Vorschriften des § 126 genügt, so liegt kein Grund vor, der Verpflichtungserklärung, bloß weil sie im Laufe eines Briefwechsels abgegeben ist, die Wirkung zu versagen; eine „förmliche Urkunde" im Sinne eines ganz selbständigen Schriftstücks ist nicht erforderlich (77 ff.).

d) Die Abstraktheit kann eine doppelte sein: entweder ist der Verpflichtungsgrund völlig übergangen oder nur im allgemeinen bezeichnet. In derartigen Fällen wird auch der Richter regelmäßig den Vertrag als abstrakten anzusehen haben; denn das sind die gangbaren Erscheinungsformen, in denen der abstrakte Verpflichtungswille im bürgerlichen Verkehre gewöhnlich auftritt. Ausnahmefälle, in denen tatsächlich trotz Nichtangabe des Verpflichtungsgrundes die Isolierung des Versprechens nicht beabsichtigt war, sind denkbar: z. B. bei Unterschriften geschäftsungewandter Landleute, bei Vergeßlichkeit und dergl. (82 ff.).

e) Eine häufige Erscheinung im Verkehre sind die wahrheitswidrigen Schuldanerkenntnisse; steht die Wahrheitswidrigkeit der Angaben des Schuldners fest, so wird regelmäßig ein Schuldanerkenntnis im Sinne vom § 781 anzunehmen sein (105 ff.).

f) In jedem Schuldanerkenntnisse liegt an sich ein Zahlungsversprechen, da die notwendige Folge des Schuldigseins die Verpflichtung zur Zahlung ist. Umgekehrt hat das Versprechen der Zahlung zur notwendigen Voraussetzung die Schuld, die Verpflichtung. Man sieht also, daß die Ausdrücke „Schuldversprechen" und „Schuldanerkenntnis" dieselbe Sache, nur von zwei verschiedenen Seiten fassen, demnach gleichbedeutend sind (107).

g) Gegen die Möglichkeit, eine Gegenleistung des Gläubigers in dem abstrakten Schuldscheine zu erwähnen, sprechen dogmatische und praktische Erwägungen: es ist dann kein abstraktes Schuldverhältnis mehr vorhanden, sondern es ist auf diese Weise das Schuldverhältnis wieder mit dem unterliegenden Kausalverhältnisse verknüpft (109 ff.).

h) Eigentümliche Beziehungen finden noch zwischen dem abstrakten Schuldverhältnis und dem Kausalmomente trotz dessen Ausscheidung statt; denn diese Ausscheidung ist weder vollständig noch endgültig, das Kausalmoment wird wieder beachtlich, falls ihm Mängel anhaften. Trotz der so im allgemeinen gegebenen Einwendungsmöglichkeiten aus dem Kausalverhältnis ist der Begriff des abstrakten Rechtsgeschäfts aufrechtzuerhalten; denn jenen Möglichkeiten ist nur die Wirkung gegeben, daß das abstrakte Geschäft möglicherweise nicht abstrakt sein kann, nämlich dann, wenn anormale Verhältnisse gegeben sind, der unterliegende Rechtsgrund irgendwie mangelhaft ist (115 ff.).

Der Einfluß des Rechtsgrundes macht sich im besonderen geltend:

α. auf Grund zwingender Rechtsvorschriften. Hierzu gehören:

αα. § 518 Abs. I Satz 2: Ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis, das schenkweise erteilt ist, wird der gewöhnlichen Form des Schenkungsversprechens, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterworfen; Mangel dieser Form bewirkt auch hier Nichtigkeit. Natürlich muß die causa donandi irgendwie zur Kenntnis des Richters gelangen: entweder durch Aufnahme in die Urkunde, was allerdings nur selten der Fall sein wird, oder häufiger durch Aufrollung des Sachverhalts seitens des beklagten Schuldners;

ββ. § 656 Abs. II: Einkleidung des Ehemäklerlohns in ein abstraktes Versprechen beeinträchtigt dessen gerichtliche Geltendmachung;

δδ. § 762 Abs. II in Verbindung mit §§ 763, 764: Dasselbe gilt bei einer Spiel- oder Wettschuld, ferner auch bei einem Differenzgeschäfte;

γγ. §§ 344, 1297 Abs. II: Ist eine Vertragsstrafe für die Nichterfüllung eines gesetzlich für unwirksam erklärten Versprechens, insbes. auch für Nichteingehung einer Ehe, in abstrakter Weise stipuliert, so teilt sich die Nichtigkeit der causa der abstrakten Verbindlichkeit mit.

Zusammenfassend ist der allgemeine Satz aufzustellen: ein gegen ein gesetzliches Verbot überhaupt oder gegen die guten Sitten verstoßendes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ist gemäß §§ 134, 138 nichtig. Hierbei ist nach der jetzigen Fassung bes. des § 138 eine Berücksichtigung der subjektiven Seite des Geschäfts erforderlich; a. M. v. Tuhr, — s. u. Note 2.

β. auf Grund von besonderen Parteivereinbarungen. Die Parteien sind durchaus frei in der Regelung des Verhältnisses, das zwischen Kausalverhältnis und der abstrakten Verpflichtung nach ihrer Absicht bestehen soll. Diese von den Parteien getroffene Regelung gibt zugleich die Begrenzung für das Verteidigungsmaterial des Beklagten: denn es handelt der klagende Gläubiger wider Treu und Glauben, wenn er diesen Parteiberedungen entgegen seinen Anspruch geltend macht. Im allgemeinen kann man zwei Arten der dem Schuldner zur Verfügung stehenden Einwendungen unterscheiden:

αα. nach den Grundsätzen der condictio sine causa. Der Schuldner kann geltend machen, daß der Rechtsgrund, dessentwegen versprochen oder anerkannt wurde, nicht bestanden hat oder später weggefallen ist;

ββ. nach den Grundsätzen der condictio ob causam datorum. Hier handelt es sich vorzüglich um die Zulässigkeit des Einwandes der nicht vollzogenen Gegen- oder Vorleistung. Mit dessen Zulässigkeit im allgemeinen ist die erforderliche Begrenzung des Verteidigungsmaterials erreicht; darüber hinaus noch dem Schuldner die Möglichkeit von Einwendungen gewähren, die ihm, als einem aus dem Grundgeschäft beklagten Schuldner, an sich zustehen würden (z. B. Einwand der Preisminderung), hieße sowohl dem legislatorischen Zwecke der beiden Schuldverträge, wie auch — hier zuungunsten des Gläubigers — der wahren Absicht der Parteien nicht gerecht werden, und zwar letzteres insofern, als in der Ausstellung eines abstrakten Verpflichtungsscheins normalerweise ein Verzicht des Schuldners auf jene Einreden gefunden werden muß (127—144).

2. a) Eck 576: Entscheidend im § 780 ist nicht das Fehlen der Angabe des Schuldgrundes, sondern der Wille der Parteien, eine abstrakte Verpflichtung zu begründen. Es kommt schlechterdings auf die Absicht der Parteien an. — Der Inhalt braucht nicht eine einseitige Leistung zu sein, sondern kann Leistung gegen Gegenleistung zusichern. — Wirkung: Ausschluß jeder Einrede aus dem wirklichen Schuldgrunde; bloß § 812 Abs. 2. —

b) Eck 577: Im § 781 wird kein neues Schuldverhältnis geschaffen, sondern das alte bloß geordnet, „das bisherige bindend festgesetzt". Es wird sehr oft vom Schuldversprechen nicht zu unterscheiden sein. — Nach Leonhard (Anm. 3) liegt das unterscheidende Merkmal in der Bezugnahme auf ein schon bestehendes Schuldverhältnis. —

Der Gläubiger kann aus dem Anerkenntnisse wie aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse klagen und Einreden replicando durch Hinweis auf das Anerkenntnis beseitigen, was keine Klageänderung sein würde.

3. v. Tuhr: Ein sine causa erteiltes abstraktes Schuldversprechen ist eine Leistung, die der Schuldner nach § 812 vom Gläubiger zurückverlangen kann. Die dem Bereicherungsanspruch entsprechende Einrede (§ 821) kann der Schuldner auch gegen einen Zessionar vorschützen (§ 404). Da sich der Schuldner gegen

den Zessionar durch die Einrede verteidigen kann, so entfällt seine Bereicherungsklage gegen den Zedenten. Dagegen ist bei Inhaberpapieren und indossablen Papieren die Einrede durch BGB. § 796, WO. Art. 82 abgeschnitten, der Schuldner auf die condictio gegen den ursprünglichen Gläubiger angewiesen.

Abstrakte Obligationen aus verbotener und unsittlicher causa (§§ 134, 138) sind nicht nichtig, sondern mit der Einrede aus § 817 behaftet. Dasselbe gilt für den Wechsel, bei welchem aber die Einrede gegen den Indossatar nicht erhoben werden kann. Auch im Falle des StrGB. § 302 b ist der Wechsel nicht als nichtig anzusehen.

Abstrakte Schuldversprechen aus Spiel sind nach der positiven Vorschrift (§ 762 II) nichtig. Ebenso Wechsel, aber nur in der ersten Hand.

Ein abstrakter Schuldschein ex causa donationis bedarf zu seiner Gültigkeit der Form des § 518. Das gilt auch vom Wechsel. Denn die Eingehung einer wechselmäßigen Verpflichtung ist auch in anderer Beziehung (§§ 519, 525) nicht als vollzogene Schenkung, sondern als Schenkungsversprechen zu behandeln.

4. Aus der Loslösung von der materiellen causa folgt, daß der Schuldner dem Gläubiger Einwendungen aus dem ursprünglichen Verpflichtungsgrunde nicht entgegensetzen darf. Andererseits kann der Mangel eines materiellen Rechtsgrundes insofern von Bedeutung werden, als der Schuldner berechtigt ist, die Erfüllung nach Maßgabe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu verweigern, oder die Leistung zu kondizieren, d. h. Befreiung von ihr zu verlangen. Leske 314, 315.

5. OLG. **6** 454 (Dresden): Das selbständige Schuldversprechen bildet selbst seinen eigenen und einzigen Verpflichtungsgrund. Es scheidet alle anderen Verpflichtungsgründe, welche seiner Entstehungsgeschichte angehören und auf denen es in Wirklichkeit beruht, aus sich oder aus dem Inhalte des Vertrags aus und schneidet dem Versprechenden jede unmittelbare Rechtsverteidigung aus ihnen gegen seine Verpflichtung aus dem Vertrag ab, indem es ihm nur die Rückforderung des Versprechens gemäß §§ 812 ff. offen läßt, wenn der in seiner Entstehungsgeschichte liegende rechtliche Grund fehlt oder später wegfällt oder der mit ihm nach seinem Inhalt bezweckte Erfolg nicht eintritt. Ob aber, wie bei der schriftlichen Erteilung, die ausgeschiedenen Verpflichtungsgründe erwähnt werden, ist nicht für das Wesen des Schuldversprechens, sondern nur für die Tatfrage von Bedeutung, ob ein selbständiges Schuldversprechen vorliegt oder nicht. (Ein solches wurde angenommen in einem Falle, wo jemand 500 M. versprochen hatte für den Fall, daß ein anderer ein Grundstück verkaufe. Der Verkauf war nur eine Bedingung, nicht der Grund des Versprechens.)

§ 781. **RG.** JW. **03** Beil. 21: Die rechtliche Wirksamkeit kann durch den Einwand, daß der Anerkennende ohne nähere Prüfung die Richtigkeit der ihm zugesandten Berechnung das Anerkenntnis nur abgegeben habe, um den leidenden Bruder zu beruhigen, nicht beeinträchtigt werden.

Vgl. ferner o. zu §§ 780 ff.

§ 782. 1. a) Das vertragsmäßige Abrechnungsgeschäft setzt sich zusammen aus mehreren Anerkenntnisverträgen, in der Regel drei, und aus einem Aufrechnungsvertrag. Jeder Anerkenntnisvertrag enthält ein doppeltes Anerkenntnis: daß die dem Geschäftsfreunde gutgeschriebenen Posten bestehen (positives A.), und daß dem Anerkennenden aus dem der Berechnung unterzogenen Geschäftsverkehr andere als die ihm gutgebrachten Posten nicht zustehen (negatives A.). Da mit dieser Abrechnung eine Novation verbunden ist, so erlöschen die für die verrechneten Einzelforderungen begründeten Sicherheiten, jedoch mit Ausnahme der Abrechnung nach HGB. § 355. Regelsberger, Iherings J. **46** 1—38.

b) Eck 577: Hier ergibt sich der abstrakte Verpflichtungswille auch ohne Form aus dem Zwecke der Erklärung.

2. OLG. Breslau, R. **03** 360 Nr. 1974: Der Begriff der Abrechnung setzt eine Rechenschaft voraus; er wird nicht durch das bloße Zusammenzählen mehrerer Schuldposten erfüllt.

3. **RG.** JW. **03** Beil. 96 Nr. 219 (s. oben zu § 779 Note 3, § 607 Note 8): § 782 Anwendungsfall der Novation.

4. **RG.** JW. **03** Beil. 100 — s. oben zu § 779 Note 7 —: Ob ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis an der für Vergleiche bestehenden Formfreiheit teilnimmt, richtet sich im einzelnen Falle danach, ob das Rechtsgeschäft, in dessen Rahmen es erteilt wird, ein Vergleich ist.

Einundzwanzigster Titel.

Anweisung.

§ 783. 1. OLG. Zweibrücken, Seuff. A. **58** 59: Wenn das BGB. die Anweisung als eigenes Rechtsinstitut gestaltet und entgegen der bisherigen Auffassung von den Grundsätzen des Mandats losgelöst hat, so ist damit doch nicht gesagt, daß ein jedes in der Form einer Anweisung in die äußere Erscheinung tretende Rechtsgeschäft nach jenen Bestimmungen beurteilt werden müsse. Den Vertragsteilen steht nach wie vor die Befugnis zu, einer Anweisung auch ein anderes Rechtsverhältnis zu unterstellen, und es sind die bisher auch schon üblichen Rechtsgebilde des Zahlungsauftrags und des Erhebungsauftrags nicht beseitigt. Es ist deshalb in jedem einzelnen Falle zu prüfen, was von den Vertragschließenden beabsichtigt war.

2. OLG. Frankfurt, R. **03** 605: Die Gültigkeit einer mündlich verabredeten Anweisung ist nicht zu bezweifeln, obwohl sie im Gesetze nicht ausdrücklich geregelt ist. Für sie können naturgemäß diejenigen Vorschriften der gesetzlich geregelten Anweisung nicht in Anwendung kommen, die in der Schriftform dieses Vertrags ihren Grund haben. Die übrigen Vorschriften sind aber auch für die mündliche Anweisung maßgebend, sofern die rechtlichen Wirkungen der vom Gesetze geregelten Anweisung seitens der Beteiligten gewollt sind. Diese Rechtswirkungen bestehen darin, daß durch die — dem Anweisungsempfänger gegenüber erklärte — Annahme der Angewiesene zur Leistung an den ersteren verpflichtet wird (§ 784) und daß nach erfolgter Annahme der Anweisende nicht mehr zum Widerrufe der Anweisung berechtigt ist (§ 790).

3. OLG. Zweibrücken, Seuff. A. **58** 59 ff.: Darüber, welchen Einfluß die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Anweisenden auf eine noch nicht angenommene Anweisung hat, enthalten weder das BGB. noch die KO. eine Bestimmung. Da auch eine analoge Anwendung des § 23 KO. ausgeschlossen ist, muß angenommen werden, daß die einmal erteilte Anweisung durch die Eröffnung des Konkurses nicht aufgehoben oder hinfällig wird, sondern fortbesteht. Dem Anweisungsempfänger steht aus der Anweisung ein gleich einem dinglichen wirkendes Recht auf die angewiesene Forderung nicht zu; somit hat er keinen Aussonderungsanspruch.

4. Hertz, DJZ. **03** 390: Bei einer Postanweisung kann von einer Anweisung im Sinne der §§ 783 ff. schon deshalb nicht die Rede sein, weil der Absender die Urkunde nicht dem „Dritten", sondern der Post aushändigt. Ebenso Goldmann-Lilienthal (2) I 837. A. M. Tachau ebenda 495. § 783 findet auf Postanweisungen Anwendung. Denn die Urkunde wird der Post nicht ausgehändigt, damit sie dort bleibe, sondern sie wird ihr gerade zur Beförderung übergeben, und es ist die nicht zu bezweifelnde Absicht beider Kontrahenten, daß

die die Anweisung an die Post enthaltende Urkunde dem Dritten, nämlich dem Adressaten ausgehändigt werde. Das Tatbestandsmerkmal wird also in dem Augenblicke vollkommen erreicht, in welchem die Urkunde durch die Post dem Empfänger zugeht. Auch ist nicht zu bezweifeln, daß eine Annahme der Anweisung durch die Post erfolgt. Jeder schriftliche Vermerk, aus dem die Annahme ersichtlich ist, genügt. Das Postanweisungsformular enthält aber eine besondere Rubrik für den Postvermerk, in welchen die Nummer der Anweisung, der Name des eintragenden Beamten, sowie das Datum der Eintragung aufzunehmen ist, nach deren Ausfüllung zweifellos die Postanweisung angenommen ist.

5. Klein, DJZ. **03** 37: Die Anweisung sowohl als der Scheck vermitteln Zahlung; beim Scheck ist aber diese Aufgabe aufs höchste gesteigert bis zur Funktion, Barzahlung unmittelbar zu vertreten, Äquivalent gegenwärtiger Barzahlung zu sein. Anweisung und Scheck sind umlaufsfähig, der Scheck ist aber, um seine volkswirtschaftliche Mission zu erfüllen, mehr als das: er ist direkt zum Umlaufe bestimmt. Ein gleich vom ersten Nehmer einkassierter Scheck hat seinen Zweck nicht voll erfüllt. Anweisung und Scheck sind auf Kredit basiert. Die Anweisung, durch die sich nur die Person des Zahlenden, äußerstens noch der Zahlungsort ändert, kann sich mit dem gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Vertrauen (Kredit) begnügen. Der Scheck, der im Augenblicke der erwarteten Barzahlung diese versagt und in die Hände Dritter, vorläufig unbekannter Personen übergehen soll, die zu den Kontrahenten des Grundgeschäfts in gar keiner Beziehung stehen, bedarf naturgemäß einer vom Grundgeschäfte losgelösten, stärkeren und breiteren, für alle Fälle unbedingt sicheren Kreditbasis. Es empfiehlt sich die Schaffung eines besonderen Scheckgesetzes.

6. Aus der Praxis.

a) OLG. Hamburg, Seuff. A. **58** 138: Die leitende Bank kann nach rechnerisch richtiger und für erfolgt erklärter Abrechnung die Honorierung einer Anweisung eines der Abrechnenden nicht deshalb verweigern oder anfechten, weil sich nachträglich herausgestellt hat, daß das Giroguthaben eines anderen Abrechnenden nicht ausreichte, um dessen bei der Abrechnung festgestellten Debetsaldo zu begleichen.

b) OLG. Breslau, R. **03** 340 Nr. 1833: Die Annahme der Anweisung des Unternehmers durch den Baugeldgeber ändert nichts an der Voraussetzung für die Fälligkeit des Baugeldteils, wenn die Anweisung die Voraussetzung erwähnt oder die Annahme die Beschränkung enthält. Der Anweisungsempfänger genießt in dem Falle kein weitergehendes Recht, als der Anweisende an den Angewiesenen besaß. Freilich kann der Angewiesene nach der Annahme nicht zum Nachteile des Anweisungsempfängers handeln.

§ 784. **RG.** R. **03** 78: Die Annahme der Anweisung stellt einen selbständigen Verpflichtungsgrund dar, der unabhängig ist von der Verpflichtung des Überwiesenen gegenüber dem Anweisenden. Durch Einklagung der angeblich zedierten Forderung des Anweisenden gegen den Überwiesenen wird mithin der Anspruch aus der Annahme der Anweisung nicht rechtshängig.

§ 790. OLG. Zweibrücken, Seuff. A. **58** 62: Der Widerruf kann für den Widerrufenden eine Schadensersatzpflicht dann begründen, wenn durch denselben eine gegenüber dem Anweisungsempfänger übernommene Vertragspflicht, die Unwiderruflichkeit, verletzt wird.

§ 791. Vgl. hierzu Breit, Geschäftsfähigkeit 316 ff.: Die Bestimmung ist nur eine besondere Festlegung des für alle Konsenserklärungen geltenden Grundsatzes von der Einflußlosigkeit eines späteren Verlustes der Geschäftsfähigkeit.

§ 792. Goldmann-Lilienthal (2) I 841: Die Übertragung des aus der Annahme entspringenden Anspruchs des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen unterliegt den allgemeinen Bestimmungen. Die Übertragung kann formlos erfolgen.

Zweiundzwanzigster Titel.
Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 793. Bendix, Zeitschrift f. d. ges. VersW. **3** 248 ff.: Die Lebensversicherungspolize ist auf Grund von Parteivereinbarungen und Verkehrsübung mit Rücksicht auf das in ihr verbriefte Forderungsrecht Wertpapier. Sie ist aber kein Inhaberpapier (263). Dagegen fällt sie unter die im § 808 genannten Papiere, ist neben den Sparkassenbüchern als Haupttypus eines solchen Papiers zu erachten. Die beiden Voraussetzungen der Übertragung der Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrage sind Übergabe der Polize und Abtretungsvertrag. Zweifelhaft ist, ob die Übergabe der Polize allein zur Übertragung der Rechte genügt.

§ 794. 1. Brückmann, A.bürgR. **23** 336—377: Es muß für den Begriff des „Verlorengehens" nicht etwa erst untersucht werden, ob der Besitz des Ausstellers aufgehört habe oder aber nicht etwa juristisch noch fortbestehe. Es ergibt sich weiter: Diebstahl und Verlust werden hier als Mittel bezeichnet, durch die Sachen in den Verkehr gelangen können. S. über die bezüglichen Folgerungen für den Begriff der „verlorenen" Sachen das. 337 das Nähere. Vgl. ferner unten zu §§ 965 ff. —

2. Abs. 2. Breit, Geschäftsfähigkeit 313 ff.: Die Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall, daß der gesetzliche Vertreter die Schuldverschreibung begiebt 314 ff.

§ 797. Satz 2. Affolter, Buschs Z. **31** 469: Dem BGB. ist die Persönlichkeit des zuständigen Rechtssubjekts so gleichgültig, daß selbst der Aussteller des Inhaberpapiers, also der Schuldner, das zuständige Rechtssubjekt des objektiven Schuldverhältnisses sein kann. Von einem eigentlichen subjektiven Rechte (Anspruch im engeren Sinne) kann hier keine Rede mehr sein. Ähnlich kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks das zuständige Rechtssubjekt des objektiven Hypotheken- und Grundschuldverhältnisses sein und werden. Vgl. § 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164, 1177, 1195, 1197.

§ 800. Leske 322: Die auf Grund des Urteils von dem Aussteller bewirkten Zahlungen bleiben Dritten gegenüber wirksam, auch wenn das Ausschlußurteil infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird; es sei denn, daß der Aussteller z. Z. der Leistung die Aufhebung des Ausschlußurteils gekannt hat (§ 1018 Abs. 2 ZPO.).

§ 801. Ratzlaff, R. **03** 598, bemängelt die unklare Fassung des § 801.

Siber, Rechtszwang. Bei Erfüllung der ausgeschlossenen Forderung ist § 814 anwendbar (54 f).

§ 803. Abs. 1. Affolter, Buschs Z. **31** 469 ff. und System des Deutschen Bürgerlichen Übergangsrechts 154, 155: Der Gesetzgeber behandelt das objektive reale Rechtsverhältnis anders als die daraus entstehenden Ansprüche. Werden für die aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber entstehenden Zinsansprüche Zinsscheine ausgegeben, so bleiben die Scheine, sofern sie nicht eine gegenteilige Bestimmung enthalten, in Kraft, auch wenn die objektive Hauptobligation, z. B. durch Verjährung, erlischt oder die objektive Zinsobligation geändert oder aufgehoben wird.

Ähnlich verjährt die objektive Zinsobligation, z. B. bei einem Darlehn, in 30 Jahren, der einzelne Zinsanspruch dagegen in 4 Jahren. Vgl. § 224 mit § 197.

§ 804. Brückmann — s. o. zu § 794 Note 1 — a. a. O. 339: Hier erscheint der „Verlust“ einmal als der weitere Begriff, der den des Abhandenkommens in sich aufnimmt.

§ 807. 1. Nicht dahin gehört die Eisenbahnfahrkarte. Die Massenbeförderungsverträge mit Fahrpreisermäßigung, bei welchen neben dem schriftlichen Beförderungsvertrage Fahrkarten zur Legitimation der einzelnen Personen dienen, sowie die besonderen Fälle der Beförderung ohne Fahrkarte ergeben, daß das Recht zur Beförderung in dem schriftlichen bzw. mündlichen Vertrag enthalten ist. Die Kontrolle der Eisenbahn ferner übersteigt das bei Inhaberpapieren übliche Maß, denn durch sie kann praktisch die Eisenbahn alle Mängel des abgeschlossenen Vertrags und der Zahlung des Fahrpreises dem Reisenden gegenüber geltend machen. Darin zeigt sich, daß der konkrete Beförderungsvertrag als solcher beibehalten wird, daß die Fahrkarte nach dem Willen des Ausstellers nicht Träger des Beförderungsrechts, nicht Wertpapier, insbesondere nicht Inhaberpapier, noch Inhabermarke ist. Die Bedeutung der Fahrkarte steht und fällt mit der Kontrolle. Der Verkehr verlangt, daß die Eisenbahn durch Leistung an den Inhaber der Fahrkarte befreit wird.

Ein Legitimationspapier bildet die Fahrkarte nicht, weil die Eisenbahn nicht berechtigt ist, von dem Inhaber des Papiers den Berechtigungsnachweis zu verlangen.

Die Fahrkarte gehört vielmehr der besonderen Kategorie der Legitimationszeichen an.

Diese dienen zur Erleichterung der Kontrolle über die außerhalb der Begebung der Urkunde durch Vertrag entstandenen Rechte; sie sind Zeichen des abgeschlossenen Vertrags bzw. auch der Zahlung. Alle Einwendungen und Einreden aus dem Vertrag und der Zahlung können mit Beweisen des Ausstellers von diesem geltend gemacht werden.

Der Nehmer eines Legitimationszeichens ist durch dieses legitimiert, solange er nicht durch kontrollwidriges Verhalten die Kontrolle des Ausstellers gefährdet. Beyersdorf, Egers eisenb. E.u.A. **20** 79; insbesondere: Die rechtliche Natur der Eisenbahnfahrkarte, Berlin 1903.

2. OLG. Darmstadt, DJZ. **03** 252: Eine Ball-Eintrittskarte ist kein übertragbares Inhaberpapier, sondern dient zur Legitimation des Berechtigten.

§ 808. OLG. Dresden, SächsA. **13** 92: Zu den Legitimationspapieren des § 808 gehören die Sparkassenbücher. Die Urkunde ist nicht Träger des Forderungsverhältnisses, andererseits aber auch mehr als ein bloßes Beweismittel desselben, sofern die durch sie beurkundete Leistung nicht ohne ihren Besitz geltend gemacht werden kann. Die in der Urkunde bezeugte Forderung kann nur im Wege der Forderungsabtretung und Forderungspfändung, nicht aber durch die Übertragung des Eigentums an der Urkunde und durch die Bestellung eines Pfandrechts an ihr auf andere übertragen werden. Mit dieser Auffassung steht die Anschauung des Verkehrslebens im Gegensatze, das insbesondere die Sparkassenbücher als verkäuflich und verpfändbar behandelt und den Erwerber und Pfandnehmer zur Geltendmachung der Forderung als berechtigt ansieht. Jedenfalls ist die Möglichkeit der Verpfändung der Urkunde als solcher nicht zu bestreiten und ihr auch eine tatsächliche Wirkung insofern nicht abzusprechen, als der Forderungsinhaber sie auf Grund seines an der Urkunde nach § 952 begründeten Eigentums vindizieren muß, um seine Forderung gegenüber seinem Schuldner geltend machen zu können.

Dreiundzwanzigster Titel.
Vorlegung von Sachen.

§ 809. 1. Dieser Anspruch besteht niemals gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger, denn dieser hat keinen Besitz an der gepfändeten Sache. Der Anspruch ist namentlich nicht gegeben zur Vorbereitung einer Klage aus ZPO. § 771. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 96. Siehe dort auch über die Passivlegitimation des Staates und des Schuldners. Vgl. ZPO. § 808.

2. KGBl. **03** 40 (KG.): Derjenige, welcher einem Wechselakzeptanten aus Gefälligkeit den Ausstellungsvermerk gezeichnet hat, hat gegen den Akzeptanten nach der von diesem erfolgten Einlösung des Wechsels keinen Anspruch auf Herausgabe des Wechsels. Er kann nur die Durchstreichung seiner Unterschrift auf der Urkunde vornehmen und zu diesem Zwecke die Vorlegung der Urkunde zum Zwecke der Vernichtung der Unterschrift, eventuell, falls die Durchstreichung bereits erfolgt ist, die Gestattung der Einsicht behufs Feststellung der erfolgten Durchstreichung verlangen.

§ 810. 1. Müller, JW. **03** 368 ff.: Die Handakten des Rechtsanwalts sind eine Sammlung von Urkunden, welche den Bestimmungen des § 810 entsprechen. Auch das rechtliche Interesse des Auftraggebers an Vorlegung dieser Urkunden zum Zwecke der Kostenfestsetzung ist vorhanden, und der § 811 gestattet auch die Vorlegung der Urkunden an einem anderen Orte als dem Aufbewahrungsorte. Der Klient kann also vom Rechtsanwalt verlangen, daß er seine Handakten, soweit sie für die Kostenfestsetzung von Belang sind, dem Gerichte vorlegt, ohne daß es dazu der Herausgabe an den Auftraggeber bedarf. In entsprechender Weise wahren die §§ 810, 811 das Interesse des Auftraggebers, wenn er das Mandat einem anderen Anwalte übertragen hat, oder wenn er das Material sammeln will, um auf Grund des Vertragsverhältnisses gegen den bisherigen Anwalt vorzugehen.

Meyer, Seuff. Bl. **68** 11: Im Konkurse hat der Konkursverwalter des Klienten des Rechtsanwalts das Recht der Einsichtnahme in die Handakten.

2. a) **RG.** R. **03** 605: Die Geschäftsbücher von Gewerbetreibenden, die nicht Kaufleute und daher nicht nach den Bestimmungen des HGB. zur Führung von Büchern verpflichtet sind, sind keine Urkunden im Sinne von § 810. Der betreffende Gewerbetreibende ist daher zur Vorlegung derselben im Prozesse nicht verpflichtet. Diese gewöhnlichen Geschäftsbücher haben nicht die Bedeutung einer objektiven Beurkundung für die Rechtsbeziehungen zu den Kunden, sondern enthalten lediglich im eigenen Interesse gemachte Einträge.

b) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 256: Die Klägerin hat sich in zulässiger Weise zum Beweise der bestrittenen Zahlungen auf die bezüglichen Einträge in den Büchern des Beklagten, eines Metzgermeisters, berufen. Der Beklagte ist nach § 810 BGB., §§ 423, 422 ZPO. zur Vorlegung seiner bezüglichen Bücher verpflichtet, weil die betreffenden Einträge ebenso im Interesse der Klägerin, wie in jenem des Beklagten gemacht wurden und damit ein zwischen dem Beklagten und der Klägerin bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist.

Vierundzwanzigster Titel.
Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung ist im Berichtsjahre mehrfach Gegenstand wertvoller Untersuchungen gewesen. Eine umfangreiche Darstellung gibt v. Mayr in seinem Werke „Der Bereicherungsanspruch", in welchem er die einschlägigen Fragen sowohl als auch eine ganze Reihe anderer unser Problem be-

rührender Fragen einer sorgfältigen Besprechung unterzieht. Im Rahmen des Jahrbuchs kann nur eine Übersicht gegeben werden, manches konnte nur angedeutet werden. Eine kurze, aber inhaltsreiche und geistvolle Besprechung des Problems der iusta causa rührt von Stammler her. Er sucht die viel umstrittene Frage dadurch zu lösen, daß er über den Rahmen des technisch formulierten Rechtes hinausgeht und in dem Gebiete des richtigen Rechtes die Erklärung aufzudecken bemüht ist. Schließlich hat Staffel in eindringender Weise die Frage: Voraussetzung oder Zweck behandelt. Seine Ergebnisse hat er in dem unten folgenden Selbstberichte niedergelegt. Neben den erwähnten theoretischen Erörterungen ist eine ganze Reihe interessanter Entscheidungen zu verzeichnen.

Literatur: Eccius, Kondiktion des Wucherers nach Bürgerlichem Gesetzbuche, DJZ. **03** 41. — v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch. Leipzig 1903. — Staffel, Voraussetzung und Zweck, SächsA. **13** 497 ff. — Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Halle 1903.

Zu §§ 812 ff. Staffel, Voraussetzung und Zweck, SächsA. **13** 497 ff.: An Stelle der „Voraussetzung" erscheint im Gesetze der „Zweck". Er ist von jener wesentlich verschieden. Denn er ist nicht eine Selbstbeschränkung des Willens, eine „unentwickelte Bedingung", wie es von der Voraussetzung behauptet wird, sein Wesen äußert sich vielmehr in der Einheit der Willenserklärung. Streng genommen wäre daher das Rechtsgeschäft im Falle der Zweckvereitlung für nichtig zu erachten. Die Sicherheit des Verkehrs gebot es aber, die Rechtsfolgen nach Möglichkeit vom Geschäftszwecke loszulösen und die Korrektur hiergegen in der Einführung eines Rechtsmittels zu suchen, das nur im Verhältnisse der bei der Zuwendung Beteiligten wirkt, das ist die Kondiktion. — Rechtserheblich ist nicht jeder beliebige Zweck, der in der Seele des Handelnden als bedeutsam und für sein Tun ausschlaggebend erscheint, vielmehr nur derjenige, für den die Beteiligten den Schutz der Rechtsordnung anrufen und der sich für diesen Schutz tauglich erweist, d. h. der dem Rechtsgebiet und nicht bloß der sittlichen, religiösen Anstandssphäre anheimfällt.

§ 812. 1. Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 13 ff.: Das Problem der iusta causa oder, wie das BGB. sagt des rechtlichen Grundes, ist nicht ausschließlich durch Verweisung auf das technisch geformte Recht zu lösen. Geboten ist eine Auffassung des Instituts der ungerechtfertigten Bereicherung im ganzen. Wenn man fragt: Was heißt eine Bereicherung ohne rechtlichen Grund, und es wird geantwortet: erstens, zweitens, drittens, — so hat man vielleicht fest beschriebene Anwendungsfälle jenes übergeordneten Begriffes angegeben, diesen letzteren selbst aber nicht in seinem sachlichen Gehalt einheitlich festgelegt.

Es tritt aber jener Begriff als das Merkmal eines einheitlich gedachten Obersatzes in der Geschichte auf. So ist es auch im BGB. (20).

21 ff. Das Problem der iusta causa läßt sich solange überhaupt nicht befriedigend auflösen, als man bloß innerhalb der technischen Formulierungen verbleibt, welche eine Gesetzgebung als Mittel für ihre sachlichen Zwecke verwendet. Statt dessen ist zu sagen:

Sofern die Rechtsordnung bestimmte Satzungen im einzelnen formt und sie als Regeln für kommende Fälle im voraus bereit stellt, so bedient sie sich nur eines Mittels, um ihrem Ziele nachzugehen. Zur vollen Erreichung ihres Zieles muß die Rechtsordnung noch von einem zweiten Mittel neben der technischen Formung von Regeln Gebrauch machen: Sie wird in nötigen Fällen es den Beteiligten überlassen, daß sie selbst suchen und finden mögen, was in dieser besonderen Lage nach dem eigenen Grundgedanken des Rechtes das Richtige ist. Dieses zweite Mittel für richtiges Recht darf nur innerhalb des gesetzten Rechtes verstanden werden.

Hiernach bedeutet das Institut der condictio sine causa eine Reaktion gegen die Folgen von bloß technisch geformtem Rechte. Es soll ein richtiger Ausgleich geschaffen werden. Hieraus erklärten sich auch die drei Eigentümlichkeiten der hier erwogenen Kondiktionen (27 ff.).

a) Es wird bei ihnen auf die Bereicherung gesehen und nicht auf den Schaden des Klägers. Die condictio sine causa will nicht den Schaden ersetzen, den der Verlierende erlitten hat, sondern sie zielt auf den richtigen Ausgleich unter zwei Vermögen ab.

b) Andererseits braucht die Bereicherung nur auf Kosten des andern erlangt zu sein. Und dieses wird häufig die Begründung eines Bereicherungsanspruchs erleichtern, gegenüber stärkeren und im Sonderfalle schwerer beizubringenden Erfordernissen von Ersatzklagen.

c) Die Bereicherung muß ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Das ist: die nach technisch geformtem Rechte eingetretene Rechtsveränderung läßt sich in ihrem sachlichen Bestande als richtiges Recht nicht behaupten. Um dieses festzustellen, hat die Rechtsordnung zwei Mittel und Wege. Entweder sie versucht die Reaktion wieder mit technisch geformtem Rechte durchzuführen oder aber die Gesetzgebung verweist Parteien, Berater, Urteiler darauf, selbst herauszufinden, was in einem besonderen Falle den Grundsätzen des richtigen Rechtes entspricht. Über die technische Fassung des Gesetzgebers und über die Verweisung auf das grundsätzlich Richtige (32 ff.).

2. v. Mayr 110 ff.: Die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs sind, daß der in Anspruch Genommene etwas erlangt hat (Bereicherung), daß er es durch Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten erlangt hat (Vermögensnachteil), daß er es ohne rechtlichen Grund erlangt hat (Mangel des Rechtsgrundes). Erlangt ist etwas, wenn es in das Vermögen übergegangen ist. Erlangen ist gleichbedeutend mit Vermögensübergang. Der Bereicherungsanspruch ist abgestellt auf den Übergang eines Vermögenswerts in das Vermögen des Bereicherten und folglich ausgeschlossen, wenn ein solcher Vermögensübergang nicht stattgefunden oder zwar tatsächlich vor sich gegangen, aber rechtlich als nicht geschehen anzusehen ist. — Es muß etwas erlangt sein. Damit ist alles gemeint, was als Vermögenswert oder Vermögensbestandteil angesehen werden kann (Mot. II 830). Mit dem „etwas" sind nicht allein Sachen, körperliche Gegenstände, sondern auch Rechte gemeint, desgleichen der Besitz (vgl. 128—176). Auch eine nichtgeschützte Erfindung kann Gegenstand der Bereicherung sein.

Die Bereicherung des einen muß einen Vermögensnachteil des anderen verursacht haben (192 ff.). Es muß eine Vermögensverschiebung stattgefunden haben. Auf Kosten des anderen erlangt ist nicht bloß alles, was der vollen rechtlichen und tatsächlichen Herrschaft dieses anderen unterworfen ist, sondern schon alles, worauf diesem anderen ein rechtlicher Anspruch, eine rechtlich begründete Anwartschaft zusteht. Dessenungeachtet ist, was ein Gläubiger des Schuldners von diesem auf seine Forderung bekommt, niemals auf Kosten des anderen Gläubigers erlangt, dessen Forderung vielleicht infolge dieser Leistung uneinbringlich geworden ist. Denn der Anspruch auf Befriedigung ist diesem Gläubiger dadurch nicht entzogen (199). Ebenso gewährt die Möglichkeit eines Anspruchserwerbes noch keinen Bereicherungsanspruch gegen den, der diesem Erwerbe zuvorgekommen ist und ihn dadurch vereitelt hat. — Der Gegenstand eines bedingten Anspruchs gehört noch nicht zu dem Vermögen des bedingt Berechtigten. Um so weniger läßt sich daher in den Fällen der bloßen Möglichkeit eines Anspruchserwerbes sagen, daß der Gegenstand dieses Anspruchs bereits einen Bestandteil dieses Vermögens bildet. Die Spannkraft der Bereicherung

auf Kosten eines anderen läßt sich daher auch so charakterisieren, daß sie nicht nur die Bereicherung „aus dem Vermögen" des anderen, die direkte Bereicherung, sondern auch die durch das Vermögen des anderen vermittelte, die indirekte Bereicherung, umfaßt, die nicht aus dem bisherigen Vermögen des Benachteiligten stammt, die Bereicherung durch Mittel des fremden Vermögens, durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe, Belastung, Nichtvermehrung des fremden Vermögens. Indirekte Bereicherung auf Kosten des anderen liegt namentlich vor, wenn der Bereicherte einen in seiner Hand wertlosen Anspruch derart entgeltlich weiterbegeben hat, daß er von dem Dritten erfolgreich geltend gemacht werden kann (202). Andererseits ist aber nicht auf Kosten des anderen erlangt, was als notwendige oder unvermeidliche Folge einer von dem anderen im eigenen Interesse vorgenommenen Vermögensaufopferung erlangt ist. Auch der Bereicherungsanspruch setzt in gewissem Sinne animus recipiendi auf seiten des Benachteiligten voraus oder ist wenigstens ausgeschlossen, wenn der andere animo donandi oder im eigenen Interesse die Bereicherung hat geschehen lassen, vorausgesetzt, daß kein Grund vorliegt, der auch die Schenkung als ungerechtfertigt erscheinen läßt (203).

Die indirekt erlangte Bereicherung setzt eine gewisse Beziehung zwischen den Parteien und den beiden Vermögenschaften voraus. Der Bevollmächtigte, der Vertreter oder Verwalter können nicht in eigener Person als Kläger auftreten oder als Beklagter in Anspruch genommen werden, wenn es sich um einen Anspruch des oder gegen den Vollmachtgeber, Vertretenen und Eigentümer des Verwaltungsvermögens handelt (205). Vgl. unten Ziff. 9c.

Das Erlangen auf Kosten des anderen besagt, daß der Vermehrung oder Nichtverminderung des Vermögens auf Seite des Bereicherten auch eine Verminderung auf Seite des Benachteiligten entsprechen muß. Aus diesem Grunde liegt anscheinend eine Bereicherung nicht schon dann vor, wenn zwar eine solche Verminderung eingetreten, diese Verminderung aber durch einen Ersatzanspruch des Benachteiligten ihren Ausgleich gefunden hat, sondern erst dann, wenn der Benachteiligte, von dem Bereicherungsanspruch abgesehen, dieser Verminderung rechtlich machtlos gegenübersteht (210). Indirekte Bereicherung (211—272); mittelbare Bereicherung (272—356).

Es muß etwas ohne rechtlichen Grund erlangt sein (420—588). Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn das Erlangen vom Standpunkte der Billigkeit als nicht gerechtfertigt erscheint (Planck II 500). Andererseits ist nicht erst dann ohne rechtlichen Grund erlangt, wenn widerrechtlich erlangt ist. Unter dieser Voraussetzung ist ein Ersatzanspruch aus unerlaubten Handlungen gegeben. Der Mangel des Rechtsgrundes liegt danach in der Mitte zwischen diesen beiden Extremen.

Ohne rechtlichen Grund kann bald durch die Leistung eines anderen, bald in sonstiger Weise erlangt sein. Letzteres liegt nicht nur vor bei Bereicherung des Erwerbers durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, durch Fund oder originären Besitzerwerb, sondern auch dann, wenn sie zwar vom Benachteiligten ausgeht, aber nicht den Charakter der Leistung im technischen Sinne an sich trägt, indem beispielsweise der Berechtigte selbst fremde Tiere mit seinem Futter nährt. Die Bereicherung ist ferner in sonstiger Weise erlangt, wenn sie zwar durch Leistung des Berechtigten bewirkt ist, diese Leistung aber dem Berechtigten nur indirekt zugute kommt, ohne daß der Erfolg der Zuwendung dem Bereicherten durch den Berechtigten zugedacht, die Einwirkung auf die relativen Beziehungen der Parteien gewollt war. Die Bereicherung ist endlich eine solche in sonstiger Weise, wenn sie durch Leistung eines Dritten bewirkt ist, also nament-

lich in allen Fällen der Verfügung des Nichtberechtigten oder der Leistung an den Nichtberechtigten.

3. Goldmann-Lilienthal (2) I 865: Erfolgt die Leistung durch einen Vertreter, so ist nicht er, sondern der Vertretene der Benachteiligte, mag auch die Leistung in Wirklichkeit aus den Mitteln des Vertreters herrühren. Ebenso ist bei einer Leistung, die an einen Vertreter erfolgt, nicht dieser, sondern der Vertretene der Bereicherte. Vgl. v. Mayr 211 ff.

4. **RG. 54** 137, JW. **03** Beil. 58: Unter dem herauszugebenden „etwas" ist nicht etwa ein beliebiger einzelner, aus dem Vermögen des einen in das des anderen hinübergeflossener Wert, sondern nur die Gesamtheit des Hinübergelangten unter gleichzeitiger Berücksichtigung der dafür gegebenen Werte und der auf dem Empfangenen ruhenden Lasten zu verstehen. Die Grundsätze über Aufrechnung und Zurückbehaltung haben dort, wo die beiderseitigen Vorteile und Nachteile auf derselben Grundlage beruhen können, keinen Raum.

5. a) v. Mayr 513 ff.: Bei einem wegen Formmangels ungültigen Geschäfte hat der Empfänger etwas auf Kosten des Leistenden ohne rechtlichen Grund erlangt, wenn der Formmangel durch Erfüllung nicht geheilt werden kann; kann der Formmangel durch Erfüllung geheilt werden, so liegt in der Erfüllung nicht Vornahme eines neuen Rechtsgeschäfts, sondern Erfüllung des formwidrigen Geschäfts.

b) Lotmar, Arbeitsvertrag 82 Anm. 3: Die Worte „auf dessen Kosten" sind nicht auf Vermögenskosten zu beschränken.

c) Stammler a. a. O. 29: Auf Kosten des anderen ist nicht nur dann etwas erlangt, wenn unter Verwertung von dessen Gegenständen eine Bereicherung gemacht wird (z. B. Vermieten oder Veräußern oder eigenes Gebrauchen fremder Sachen), sondern auch in solchen Fällen, in denen eine Zuwendung an den andern vereitelt und sich nach unrichtigen Grundsätzen zugeführt wurde (z. B. Unterschlagung eines Vereinsdieners, der Geld an Arme zu verteilen hatte).

6. a) v. Mayr 448: Leistung einer Nichtschuld. Die Verbindlichkeit, deren Erfüllung mit der Leistung bezweckt ist, darf nicht bestanden haben. In dieser Beziehung sind zwei Fälle möglich. Man kann sie als subjektive und objektive Nichtschuld bezeichnen. Eine subjektive Nichtschuld liegt dann vor, wenn zwar die Schuld als solche, nicht aber zwischen den Personen besteht, zwischen denen das Erfüllungsgeschäft sich, sei es direkt oder mit Hilfe von Vertretern oder Geschäftsführern, abspielt. Diesem Falle steht der andere, die objektive Nichtschuld gegenüber, die jedesmal dann vorliegt, wenn die vermeintliche Verbindlichkeit überhaupt nicht besteht.

449: Die vermeintliche Verbindlichkeit besteht nicht, wenn sie überhaupt nicht entstanden ist, mag dies, wie beim Kaufe der eigenen Sache, in materiellen oder, wie bei der wegen Formmangels nichtigen Verbindlichkeit, in bloß formalen Umständen seinen Grund haben. Ebenso besteht die Verbindlichkeit nicht, wenn sie nachträglich durch Erfüllung, Aufrechnung, Geltendmachung einer Einrede wieder weggefallen ist.

b) OLG. Jena, R. **03** 77: Die Rückforderung einer Zahlung, welche auf den in einem nichtigen, weil formlosen Grundstückskaufvertrage vereinbarten Kaufpreis geleistet wurde, hat nach den Grundsätzen der condictio indebiti, nicht der condictio causa data causa non secuta zu erfolgen.

c) OLG. Colmar, R. **03** 236: Der Verkäufer, der einen der notariellen Form ermangelnden Grundstückskauf vorgenommen hat, muß die auf den Kaufpreis empfangene Anzahlung zurückzahlen.

7. a) **RG.** JW. **03** Beil. 24: Was auf Grund vertraglicher Abmachungen — sei es auch mit einem Dritten — erlangt wird, wird nicht ohne Rechtsgrund erlangt.

Was auf Grund vertraglicher Abmachungen weggegeben wird, wird vom Empfänger nicht auf Kosten des Weggebenden erlangt, weil der Weggebende seinen vertraglichen Gegenanspruch behält; gleichgültig ist, ob dieser Gegenanspruch befriedigt wird oder aus tatsächlichen Gründen (z. B. wegen Vermögenslosigkeit des Verpflichteten) unbefriedigt bleibt.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 232: Ein Bereicherungsanspruch kann nicht daraus hergeleitet werden, daß jemand die ihm zugesicherten Gegenleistungen nicht erhalten hat. Bei einem gegenseitigen Vertrage kann derjenige, welcher erfüllt hat, grundsätzlich eine Leistung nicht wegen Mangels eines Rechtsgrundes zurückfordern, weil der andere Teil nicht erfüllt.

b) v. Mayr 458 ff.: Erfüllung einer aufrechenbaren Verbindlichkeit in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit begründet einen Bereicherungsanspruch. Ist eine Aufrechnung vorgenommen, obwohl ihre Voraussetzungen nicht vorliegen, so ist der Gläubiger gleichfalls auf den Bereicherungsanspruch angewiesen.

8. v. Mayr 538 ff.: Die Wirksamkeit des Bereicherungsanspruchs ist immer an die Voraussetzung geknüpft, daß durch den *Wegfall des rechtlichen Grundes* zugleich auch der Grund zum Behalten des Erlangten für den Bereicherten weggefallen ist. Es ist m. a. W. zu unterscheiden, ob der Wegfall des rechtlichen Grundes in der Tat auch auf die Vergangenheit zurückwirkt, oder ob damit nur zukünftiger Erwerb mit Berufung auf den in Wegfall gekommenen rechtlichen Grund einer ungerechtfertigten Bereicherung begründen würde. Über den Bereicherungsanspruch wegen Wegfall des rechtlichen Grundes und Rücktrittsrecht, Draufgabe und Vertragsstrafe vgl. 545 ff.

9. a) **RG.** Seuff. Bl. **68** 277 ff., JW. **03** Beil. 8, DJZ. **03** 55: Der Bereicherungsanspruch soll zur *Ausgleichung* einer zwischen dem Benachteiligten und dem Bereicherten ohne rechtlichen Grund eingetretenen Schuld dienen. Auch *in der Befreiung von einer Schuld* kann eine Bereicherung liegen. In diesem Falle kann der Wert der Bereicherung nur nach dieser Schuld bemessen werden, er muß in dem Werte dieser seine Begrenzung finden.

b) **RG.** JW. **03** Beil. 101: Eine Bereicherung ist nicht vorhanden, wenn ihr keine Verkürzung im Vermögen des anderen entgegensteht. Sie liegt nicht vor, wenn der Kläger Räume, welche der andere Teil ohne Rechtsgrund benutzt hatte, in der fraglichen Zeit nicht hatte vermieten oder anderweitig für sich hatte nutzbar machen können.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 937 ff.: § 812 umfaßt auch den Fall der *indirekten* Bereicherung, daß also ein Dritter ohne rechtlichen Grund aus dem Vermögen des Klägers Verwendungen für den Beklagten gemacht hat.

10. v. Mayr 589 f.: Der Umfang der Haftung bei der ungerechtfertigten Bereicherung bestimmt sich, umgekehrt wie beim Schadensersatzanspruche, nicht nach dem Einflusse des die Haftung begründenden Ereignisses auf das Vermögen des Berechtigten, sondern vielmehr nach der Wirkung dieses Vorganges auf das Vermögen des Verpflichteten.

594: Trägt eine unteilbare Leistung nur teilweise den Charakter der ungerechtfertigten Bereicherung, so wird man sagen müssen, daß in solchen Fällen die ganze Leistung herauszugeben ist und infolgedessen das vorher bestandene Recht wieder auflebt.

11. *Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruchs.*

v. Mayr 356—419:

a) *Bereicherungs- und Geschäftsanspruch.* — Solange ein Geschäfts-

anspruch zwischen dem Benachteiligten und dem Bereicherten besteht, läßt sich nicht behaupten, daß der Verpflichtete auf Kosten des Berechtigten bereichert sei. Denn dieser ist kraft seines Anspruchs in der Lage, dem Verpflichteten diese scheinbare Bereicherung jeden Augenblick zu entziehen. Zur Bereicherung auf Kosten des Berechtigten wird sie erst, wenn dieser seinem Anspruche keine andere Grundlage zu geben vermag, als das ungerechtfertigte Haben des Bereicherten (358). Alle aus dem Geschäft als solchem fließenden Verpflichtungen, mögen sie in ihrem Endzweck auf Erfüllung oder Aufhebung des Geschäfts hinzielen, bilden den Gegenstand des Geschäftsanspruchs, alle aus dem Rahmen des Geschäftsinhalts hinausfallenden Verbindlichkeiten haben den Bereicherungsanspruch zum Gegenstande. In den Geschäftsinhalt fallen nicht nur die essentialia des Geschäfts, sondern auch die naturalia und accidentalia (365). Die praktische Bedeutung der Frage, ob im einzelnen Falle der Geschäfts- oder der Bereicherungsanspruch Platz zu greifen hat, äußert sich namentlich hinsichtlich der Beweislast und des Umfanges der Haftung. In ersterer Hinsicht liegt der Unterschied darin, daß der Kläger bei Rückforderung auf Grund des Geschäftsanspruchs regelmäßig das Geschäft und die Leistung zu beweisen haben wird, während es Sache des Beklagten ist, sein Recht auf den dauernden Genuß der Leistung, auf das Behalten, darzutun, bei dem Bereicherungsanspruche dagegen den Kläger auch der Beweis der Wiederaufhebung des Geschäfts, als der Grundlage seines Rechtes zur Rückforderung, treffen wird. Bezüglich des Umfanges der Haftung wird die Verschiedenheit sich in der Weise bemerkbar machen, daß die rechtsgeschäftliche Rückforderung nur den ursprünglichen Gegenstand selbst, eventuell samt Früchten und Zuwachs, und vielleicht den an dessen Stelle getretenen Wert ergreift, der Bereicherungsanspruch dagegen, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein des ursprünglichen Gegenstandes, statthat, solange der Beklagte überhaupt noch bereichert erscheint (369). Die Frage ob der Bereicherungsanspruch auch dann zuständig ist, wenn der Bereicherte aus demselben Grunde einem Dritten verpflichtet oder wenn der Benachteiligte aus demselben Grunde einem Dritten gegenüber forderungs- oder ersatzberechtigt ist, ist zu verneinen (370).

b) Bereicherungsanspruch und dinglicher Rechtsschutz. — Eine Konkurrenzfähigkeit ist insoweit zu bejahen, als der Eigentümer sich auf den Besitzbereicherungsanspruch zurückzieht. Darüber hinaus ist die Frage zu verneinen.

c) Bereicherungsanspruch und Anfechtung. — Im allgemeinen ist der Bereicherungsanspruch nicht vonnöten, wenn die Anfechtung vollzogen ist, bevor auf Grund des angefochtenen Geschäfts eine Leistung erfolgte. Die Anfechtung und die ihr gleichstehenden Erscheinungen machen daher den Bereicherungsanspruch überflüssig, insofern sie bewirken, daß das Erlangen auf Kosten des anderen als nicht geschehen gilt.

418: Der Bereicherungsanspruch ist kein subsidiärer; das BGB. stellt ihn auf eine Reihe selbständiger, von der Beziehung zu anderen Ansprüchen durchaus unabhängiger Voraussetzungen ab. Ebenso Stammler 37.

d) Über das Verhältnis des § 687 zum § 812 s. o. zu § 687 Note 2; v. Mayr 517 ff.: Über den Einfluß des Irrtums auf den Konditionsanspruch.

12. Über die Beweislast vgl. v. Mayr 689—707.

13. Aus der Praxis:

a) **RG.** JW. **03** Beil. 119: Demjenigen, der einen Vertrag mit Erfolg wegen Irrtums angefochten hat, ist an sich nur der reine Bereicherungsanspruch des § 812 auf Herausgabe des grundlos aus seinem Vermögen in das des anderen Gelangten gegeben. Ohne Geltendmachung eines besonderen Grundes

dafür — Arglist oder Fahrlässigkeit des Gegners — kann er Schadensersatzansprüche nicht erheben. Im Gegenteil ist er sogar selbst nach § 122 von solchen Ansprüchen bedroht.

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 67: Nichtigkeit des Kausalgeschäfts bedingt nicht die Nichtigkeit der zu dessen Erfüllung erfolgten Auflassung.

b) **RG.** R. **03** 180: Der Verkäufer, der eine Sache an einen nicht zahlungsfähigen Käufer abgibt, kann nicht mit Rücksicht darauf, daß dieser ihn nicht bezahlt, gegen den Dritten, der demnächst in den Besitz der Sache gelangt ist, einen Kondiktionsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 erheben. Eine etwaige Bereicherung des Dritten ist in einem solchen Falle nicht „auf Kosten" des ersten Verkäufers erlangt.

OLG. Köln, R. **03** 527: Durch die Veräußerung der gepfändeten Sachen tritt an deren Stelle der Erlös, und wird durch die Unterlassung der nach § 805 ZPO. dem Vermieter gegebenen Klage nicht der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den pfändenden Gläubiger, der den Erlös ausgezahlt erhalten hat, ausgeschlossen.

c) **RG.** JW. **03** Beil. 142: Eine condictio sine causa (condictio causa data causa non secuta), und zwar auf den Wert gerichtet, den die geleisteten Dienste für die Beklagten gehabt hätten, könnte ebenso wie ein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 begründet sein, wenn zwischen den Parteien bei Leistung und Entgegennahme der Dienste ausdrücklich oder stillschweigend festgestellt wäre, daß die Dienste nur in der Voraussetzung geleistet werden, daß dagegen später die Adoption bzw. die Gutsüberlassung erfolgen werde.

d) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1021: Dem Gläubiger, der dem Schuldner den Wechselbrief versehentlich ausgehändigt hat, steht gegen diesen ein Anspruch auf Herausgabe auf Grund der §§ 812, 985 zu. (Vgl. o. zu § 371.)

e) **RG.** JW. **03** Beil. 106: Wenn der Kläger eine Bürgschaftsverpflichtung nur unter der Voraussetzung einging, die Schuld seines Bruders sei zulässigerweise gekündigt worden und auch weiterhin kündbar, und zu dem ausdrücklichen, auch dem Beklagten erklärten Zwecke, die Nichtkündigung bis zum 1. 1. 03 zu sichern, so ist, wenn der mit der vom Kläger übernommenen Leistung nach dem Inhalte des Vertrags bezweckte Erfolg nicht eintreten kann, weil die Schuld bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt ohnehin nicht kündbar war, der Beklagte durch die Bürgschaftsleistung des Klägers ohne rechtlichen Grund auf dessen Kosten bereichert und deshalb gehalten, der in dem Bürgschaftsvertrag erworbenen Vorteile auf Verlangen des Klägers sich wieder zu begeben; der Beklagte darf aus der Bürgschaft keinen Vorteil ziehen, wenn diese seitens des Bürgen nur zu dem alleinigen und erklärten Zwecke eingegangen war, eine Befristung der Schuld herbeizuführen, die zu gewähren der Gläubiger aber ohnedies verpflichtet war.

f) OLG. **6** 313 (Stuttgart): Der Erbe, dem auf bestimmte Zeit ein Wohnungsrecht vermacht ist, und welcher vor Beendigung dieses Zeitraums auszieht, kann von dem Erben, welcher inzwischen die Wohnung anderweit vermietet hat, nicht die erzielten Mietzinse fordern. Kläger war nicht berechtigt, aus der Wohnung irgendwelche Früchte zu ziehen. Wenn der Beklagte durch Vermietung Früchte gezogen hat, so kann nicht gesagt werden, daß diese aus irgendeiner Rücksicht des Rechtes oder der Billigkeit dem Kläger gehören. Seine Vermögenslage blieb dieselbe, ob die verlassene Wohnung leer stand oder von einem anderen mit oder ohne Bezahlung benutzt wurde.

g) **RG.** JW. **03** Beil. 101: Dadurch, daß der Konkursverwalter nicht beschlagnahmte Mietzinsen zur Konkursmasse einzieht, wird diese nicht ohne rechtlichen Grund auf Kosten von Hypothekengläubigern bereichert, selbst wenn eine

Zwangsverwaltung zu Unrecht aufgehoben war. Entscheidend ist, ob zur Zeit der Einziehung die Beschlagnahme bestand.

h) GewGer. 8 160 (München): Der Arbeitgeber hat beim Fehlen eines Barlohns (wenn der Arbeitnehmer nur Naturalbezüge erhält) die vollen Beiträge zur Kranken- und Invalidenversicherung allein zu leisten; jede gegenteilige Vereinbarung zu ungunsten der Arbeiter verstößt gegen die Verbote des § 80 Krank.-VersGes. und § 180 InvVersGes. und hat keine rechtliche Wirkung. Hat der Arbeiter trotzdem geleistet, so ist der Arbeitgeber ungerechtfertigt bereichert und zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.

i) **RG.** (Straff.), GoltdA. **50** 113: Ein mit dem Ankaufe von Sachen Beauftragter hatte den ihm eingehändigten Kaufpreis unterschlagen und durch falsche Vorspiegelungen über die Person seines Auftraggebers bewirkt, daß zwischen diesem und dem Verkäufer kein Vertragsverhältnis entstanden ist. In diesem Falle steht dem Verkäufer kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Empfänger zu.

§ 813. 1. v. Mayr 481: Die Einrede muß eine dauernde sein. Der die Geltendmachung des Anspruchs bloß vorübergehend ausschließenden Einrede kommt die Kraft, den Bereicherungsanspruch auszuschließen, nicht zu. So auch nicht der Einrede der Verjährung. Vgl. Goldmann-Lilienthal (2) 868.

2. Langheineken, Anspruch und Einrede 133: Bei irrtümlicher Aufrechnung gegen eine peremtorisch einredebehaftete Forderung ist eine Kondiktion begründet.

3. v. Mayr 449 ff.: Die Rückforderung der vorzeitigen Leistung muß ausnahmsweise gestattet werden, wenn der vorausgesetzte Termin überhaupt ausbleibt oder wenn der Termin derart unbestimmt ist, daß er vom rechtlichen Gesichtspunkt aus nicht als Zeitbestimmung, sondern als Bedingung anzusehen ist. In solchen Fällen folgt die Rückforderung den für die Rückforderung wegen Erfüllung einer bedingten Verbindlichkeit vor Eintritt der Bedingung maßgebenden Grundsätzen. Ebenso wird die Rückforderung der vorzeitigen Leistung stets dann zu gewähren sein, wenn diese durch einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen erfolgt ist, und zwar, solange der Anspruch nicht fällig ist, vollständig, nachher wenigstens hinsichtlich der Zwischenzinsen und des sonstigen Gewinnes. Der vorzeitigen Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit gleich zu achten ist die vorzugsweise Befriedigung einer nicht bevorrechteten Forderung. Über vorzeitige Erfüllung aufschiebend bedingter Verbindlichkeiten 453 ff.

§ 814. 1. v. Mayr 486 ff.: Die Absicht des Gesetzes, „das sittliche Bewußtsein des Volkes" zu stärken, tritt in den gewählten Begriffen nicht deutlich hervor. Denn ist es für die Anstandspflicht nahezu gewiß, daß sie nicht auf dem Boden der Sittlichkeit, sondern auf dem des konventionellen Lebens erwächst, so ist es auch für die sittliche Pflicht zumindest zweifelhaft, ob hier an Beobachtung der Sittlichkeit oder nur der Sitte zu denken ist. Denn erwägt man, daß das Gesetz dort, wo es die Sittlichkeit im Auge hat, wie bei dem Bereicherungsanspruche wegen verwerflichen Empfanges, von einem Verstoße gegen die guten Sitten spricht, so liegt die Vermutung nahe, daß mit dem Wechsel des Ausdrucks in unmittelbarer Nähe jener Vorschrift auch etwas anderes beabsichtigt ist, daß also hier eher an die Sitte als an die Sittlichkeit zu denken ist. Ist bei der sittlichen Pflicht auch an Sitte zu denken, so folgt daraus, daß eine durch die Sittlichkeit aufgenötigte Verbindlichkeit diesem Grundsatz unterliegt. Will man aber in der sittlichen Pflicht von vornherein nur die Rücksicht auf die Sittlichkeit erblicken, so ist doch die Rücksicht auf die Sitte durch die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht hinlänglich gedeckt. Wann die eine oder die andere vorliegt,

muß in jedem Falle das Ermessen des Richters entscheiden. Vgl. Goldmann-Lilienthal (2) 869.

2. Goldmann-Lilienthal (2) 869 Anm. 13: Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn ein Gemeinschuldner irrtümlich einem Gläubiger mehr gezahlt hat, als er nach dem abgeschlossenen Vergleiche zu zahlen hatte. Ebenso Oertmann, Anm. 4 zu § 814; a. A. Planck, Anm. 2d zu § 813.

3. **RG.** DJZ. **03** 31: Die Erfüllung eines wegen Formmangels ungültigen Vertrags ist weder eine sittliche Pflicht i. S. des Gesetzes, noch durch die von diesem gemeinten Anstandsrücksichten geboten.

4. Siber, Rechtszwang 186, 231 ff. (s. §§ 534, 801): Rückforderung einer den Betrag der beschränkten Haftung übersteigenden Zahlung ist statthaft, wenn diese nicht nach den besonderen Umständen einer sittlichen Pflicht oder Anstandsrücksicht entsprach.

§ 815. v. Mayr 526 ff., 532 ff.: Nichteintritt des mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges und Bereicherungsanspruch stehen grundsätzlich in einem unlösbaren Zusammenhange. Dieser Zusammenhang wird von der Rechtsordnung in zweifacher Richtung durchbrochen. Es gibt einerseits Fälle, in denen der Bereicherungsanspruch platzgreift, obwohl der bezweckte Erfolg eingetreten ist. Dies dann, wenn die Voraussetzungen des verwerflichen Empfanges gegeben sind (§ 817). Der umgekehrte Fall sodann, daß der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen ist, obwohl der Erfolg nicht eingetreten ist. In der Mitte steht der Fall, daß der Leistende, noch bevor sich die Frage des Eintritts oder Nichteintritts des bezweckten Erfolges entschieden hat, von seinem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Rücktrittsrechte Gebrauch macht.

§ 816. OLG. Cöln, R. **03** 576: Der § 816 ist gerade für die Fälle gegeben, in denen jemand infolge des Satzes „Hand wahre Hand" einen Rechtsverlust etleidet.

Über einen Fall zu § 816 vgl. **RG.** JW. **03** Beil. 115; vgl. auch u. zu § 823 Ziff. 7 k.

§ 817. 1. v. Mayr 558 ff.: Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ist nach denselben Grundsätzen zu behandeln, mag er im BGB., in einem anderen privatrechtlichen Gesetz, im Strafgesetz oder sonst im öffentlichen Rechte seinen Grund haben. Nicht jedes Rechtsgeschäft ist aber schon deshalb nichtig, weil sich eine der Parteien dadurch einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat. — Nichts geändert wird an einem derartigen gesetzlichen Verbote, wenn es irrtümlich oder mit Absicht im einzelnen Falle selbst durch die staatlichen Behörden mißachtet erscheint. Andererseits darf der Charakter des Verbotsgesetzes nicht überspannt und ihm kein weiterer Wirkungskreis zugemessen werden, als vom Gesetzgeber beabsichtigt war. Beispiele: Die Verfallsklausel bei Abzahlungsgeschäften, die Konkurrenzklausel u. a. m. (563 ff.).

2. v. Mayr 579: Der Bereicherungsanspruch ist begründet, wenn die Verwerflichkeit nur im Empfange gelegen, sie ist ausgeschlossen, wenn sie auch in der Leistung gelegen ist. Der Ausschluß der Rückforderung ist auch dann anzunehmen, wenn die Verwerflichket bloß auf seiten des Leistenden gelegen ist.

3. Es gibt keinen Anspruch des Wucherers aus dem nach § 138 nichtigen Geschäft; aber die daraus erfolgte Leistung kann von ihm gemäß § 812, soweit sie den anderen Teil bereichert, herausverlangt werden.

Die Forderung dessen, der nicht in Erfüllung eines wucherischen Vorvertrags, sondern ohne solchen, um eine Darlehensschuld mit wucherischer Erhöhung zu begründen, Geld geleistet hat, kann durch eine Einrede aus § 814 nicht beseitigt werden; verpflichtete das wucherische Geschäft ihn zur Leistung in wucherischer Erwartung einer Gegenleistung, so ist es denkbar, aber unwahrscheinlich, daß

zur Ausschließung seines Anspruchs dargetan werde, daß er das Nichtbestehen der Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung er leistete, gekannt hat, und danach der Kondiktion verlustig ist. Enneccerus-Lehmann I § 158 z. IV.

Die Kondiktion ist eine von der Forderung aus dem wucherischen Geschäfte völlig verschiedene Forderung. Hat der Wucherer seinen Anspruch aus diesem Geschäft einem anderen abgetreten, so ist der Anspruch aus der Bereicherung des anderen Teiles nicht mit abgetreten. Eccius, DJZ. **03** 41. Vgl. auch oben § 138 Ziff. 1 Abs. 2 und JDR. **1** § 817 Ziff. 2.

4. § 817 und der abstrakte Vertrag; vgl. Neubecker, A.bürgR. **22** 34 ff.

5. Aus der Praxis.

a) KG. UnlW. **2** 83: Ein Angestellter einer großen Firma hatte von dem Prokuristen einer anderen Firma fortlaufend Geschenke dafür erhalten, daß er die letztere in gewisser Hinsicht vor anderen Konkurrenzfirmen bevorzugte. Die Klage der Firma, deren Prokurist die Geschenke gegeben hat, gegen den Angestellten auf Rückgabe der geschenkten Beträge ist zurückgewiesen. Das KG. führt aus, daß der Prinzipal des Prokuristen nicht geschädigt sei, da er durch die aus seinem Vermögen erfolgende Zuwendung einen entsprechenden Vermögensvorteil erlangt habe. Auch die Ausführung des Klägers, daß der Beklagte durch die Annahme der Vergütung gegen die guten Sitten verstoßen habe, ist nicht geeignet, die Rückforderungsklage zu begründen. Es kommt lediglich auf die in den beteiligten Kreisen herrschende Anschauung an, ob die Ausbedingung solcher persönlichen Vorteile durch einen Angestellten ohne Schädigung des Prinzipals als verwerflich anzusehen ist. Ist jene Abmachung auf Seite des Empfängers der Leistung unsittlich, so ist sie es auch auf Seite des Versprechenden, denn alsdann stellt sie sich als aktive Bestechung dar. Auch der Prokurist, welcher als Willensvertreter des Prinzipals aufzufassen ist, würde sich eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig gemacht haben.

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 108: Kläger, ein Grundstückseigentümer, hatte der Beklagten sein Grundstück zu Bordellzwecken bis Anfang August 1903 vermietet, hat aber 1902 auf Räumung geklagt. Der Klaganspruch ist unbegründet. Der Mietvertrag ist ein beiderseits unsittliches Rechtsgeschäft. Der Kläger kann daher das zur Erfüllung dieses auch für ihn unsittlichen Mietvertrags Geleistete, die für die Dauer des Mietvertrags von ihm, dem Eigentümer aufgegebene, der Beklagten übertragene Innehabung des Grundstücks nicht wieder zurückfordern.

c) SächsOLG. **25** 51: Ein zu unsittlichen Zwecken gewährtes Darlehen kann der Darlehensempfänger ohne Entgelt oder Zinsen so lange beanspruchen, als der Darlehensvertrag dauern sollte. Nach Ablauf dieses Zeitraums ist dasselbe zurückzugeben.

§ 818. 1. v. Mayr 609 ff.: Der Herausgabepflicht ist eine allgemeine Grenze gezogen durch die Einschränkung auf das auf Grund des erlangten Rechtes Erworbene. Vgl. 612 f. Einschränkungen der Herausgabepflicht 617 ff. Die Minderung der Herausgabepflicht auf das Maß der noch vorhandenen Bereicherung kann bald in tatsächlichen, bald in rechtlichen Erscheinungen ihren Grund haben. Das will sagen, daß bald die wirklich eingetretene Vermögensminderung, bald rechtlich relevante Ereignisse, auch wenn sie eine solche Vermögensminderung nicht zur Folge haben, die Herausgabepflicht des Empfängers auf ein Mindermaß herabdrücken können.

§§ 818, 819 vgl. auch § 990. (Siber, Rechtszwang.)

2. **RG. 54** 24: Zinsen können von dem Bereicherten, sofern er bei dem Empfange der Leistung nicht den Mangel des rechtlichen Grundes gekannt oder

ihn später erfahren hat, nicht schon vom Tage der Zahlung, sondern erst seit der Klagezustellung gefordert werden.

§ 819. v. Mayr 632 ff., bes. 636: Das „Kennenmüssen" führt zur Verschärfung der Haftung nur, wenn der Beklagte Erbschaftsbesitzer ist, da hier die für den Erbschaftsanspruch maßgebenden Gesichtspunkte hinsichtlich des Mangels des guten Glaubens Platz greifen (§ 2029 mit § 2024). Der Verpflichtete haftet ferner nicht nach den strengen Grundsätzen, wenn er annehmen durfte, daß auch der Leistende den Mangel des rechtlichen Grundes kannte.

Über die Haftung des Empfängers aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäfte vgl. 637 ff.

Fünfundzwanzigster Titel.
Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Die Lehre von den unerlaubten Handlungen ist im Berichtsjahr, ebenso wie in den früheren Jahren, zum Gegenstande zahlreicher theoretischer Untersuchungen gemacht worden und hat durch die Rechtsprechung, insbesondere des RG., manche wertvolle Bereicherung erfahren. Gerade die Rechtsprechung ist eifrig bemüht, die kurz und knapp gehaltenen Bestimmungen mit Leben zu erfüllen, um sie für den wirtschaftlichen Kampf und soziale Zwecke nutzbar zu machen. Es ist erklärlich, daß die Zahl der theoretischen Untersuchungen den Vorjahren gegenüber geringer geworden ist; an Wert dagegen kommen sie den Schriften aus den Vorjahren gleich. Insbesondere mag hier auf die tiefgreifenden Untersuchungen Eltzbachers hingewiesen werden, welche auch an zahlreichen anderen Stellen des Jahrbuchs verwertet werden konnten; aus der früheren Literatur wurden die Arbeiten von Meves und von Sperl nachgetragen. Die gleichfalls schon an früheren Stellen benutzte Arbeit von Dittenberger hat für das Gebiet der unerlaubten Handlungen manches wertvolle Material geliefert. Die erwähnten Arbeiten behandeln das Recht der unerlaubten Handlungen im allgemeinen; auch zu speziellen Fragen hat Literatur und Judikatur Beachtenswertes geleistet. Hier sind besonders die bei § 833 und § 839 angeführten Schriften zu erwähnen. — Der Umstand, daß der 25. Titel eine große Reihe von einzelnen Tatbeständen bietet, denen aber viele Gesichtspunkte gemeinsam sind, hat, wie im Vorjahre, dazu geführt, dem 25. Titel eine Vorgruppe voranzuschicken, in welcher die auf alle Tatbestände desselben hinweisenden Fragen untergebracht sind. Hier sind daher die Fragen über das Wesen der unerlaubten Handlung, über Kausalzusammenhang und Verschulden u. a. m. zu finden. Viele der hierher gehörenden Erörterungen haben bereits an anderen Stellen ihre Erledigung gefunden, insbesondere bei den §§ 249 ff., 276 ff., auf welche dann auch an zahlreichen Stellen zurückverwiesen werden mußte. Der Umstand, daß diese Bestimmungen sich von denen des 25. Titels über die unerlaubten Handlungen nicht leicht trennen lassen, hat in einzelnen Fällen dazu geführt, insbesondere Entscheidungen, welche schon früher wiedergegeben sind, an dieser Stelle noch einmal zu bringen; es lag dies im Interesse der Vollständigkeit und des Zusammenhanges. Zumeist sind diese doppelt wiedergegebenen Auszüge in etwas anderer Form herübergenommen.

Was einzelne Fragen anlangt, welche ihres Interesses oder ihrer Bedeutung wegen besonders hervorgehoben zu werden verdienen, so ist oben bereits auf einige das Wesen der unerlaubten Handlung betreffende allgemeine Erörterungen hingewiesen. Während die Judikatur, insbesondere des RG., aus den Bestimmungen der §§ 823, 824 und 826 einen Unterlassungsanspruch herleitet, tritt Lau (Ziff. 11 vor § 823) dieser Anschauung entgegen, indem er ausführt, daß ein solcher Anspruch mit dem Willen des Gesetzgebers in Widerspruch stehe. Die Ansicht, daß unter die „sonstigen Rechte", welche § 823 Abs. 1 aufzählt, die obligatorischen Rechte nicht gehören, hat immer mehr Anhänger gewonnen. Jetzt ist ihr auch das RG. beigetreten. Ob diese Frage theoretisch bereits genügend geklärt ist, kann dahingestellt bleiben. Unter den einzelnen Fällen (§ 823 Ziff. 7) findet sich manche

interessante Entscheidung. In vielen Erkenntnissen wird man die Fortentwickelung der früher bereits vom RG. aufgestellten Grundsätze bemerken. — Der § 826 zeigt sich wiederum als eine Vorschrift von hoher rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung, welche bei verständiger Anwendung überall helfend und fördernd eingreifen kann. Insbesondere sein Verhältnis zum Gesetz über den unlauteren Wettbewerb mag hervorgehoben werden. — Sehr beachtenswert ist die Ausgestaltung, welche die Rechtsprechung des RG. dem § 831 gegeben hat. Es wird eine Beaufsichtigungspflicht des Geschäftsherrn aus § 831 abgelehnt, während sie allerdings nach § 823 in einer Reihe von Fällen für begründet erachtet wird. Geklärt ist auch das Verhältnis des § 831 zum § 31. Danach sind zu einer Verrichtung im Sinne des § 831 angestellt diejenigen, welche von einem zuständigen Beamten der juristischen Person bestellt werden. Diese selbst wieder sind solche, welche durch das Statut oder die Verwaltungsorganisation der Korporation angestellt sind. — Die Auslegung des § 833 schließt sich im allgemeinen an die vom RG. aufgestellten Grundsätze an; eine ausdehnende Auslegung wünscht Goslich; indessen wird die Praxis seinen Anregungen kaum zu folgen geneigt sein. Bemerkenswert ist die Entscheidung des RG., nach welchem die Haftung des Tierhalters ausgeschlossen ist, wenn ein äußeres Ereignis auf das Tier eingewirkt hat. Man wird dem beizutreten haben, da sonst die Haftung eine unbegrenzte zu werden droht. — Zu § 839 bringt die Arbeit von Meltz einige Beiträge. — Beachtung verdient die zu § 846 abgedruckte Entscheidung des RG.

Literatur: Adam, Über die Pflicht zur Instandhaltung und Reinigung nichtöffentlicher Eisenbahnzufuhrwege, Egers eisenb. E.u.A. **20** 82 ff. — Brunswig, Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken n. d. BGB. Leipzig 1902. — Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen seiner eigenen Handlungen. Berlin 1903. — Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerl. Recht. I. Berlin 1903. — Fischer, H. A., Der Schaden nach dem BGB. Jena 1903. — Fleischauer, Die Haftungsgrenze aus § 833 des BGB., Gruchots Beitr. **47** 303. — Fleischauer, Zu § 833 BGB., JW. **03** 267. — Fleischauer, Zu § 833 BGB., R. **03** 258. — Goslich, Wo liegt die Grenze der Haftung des Tierhalters? Gruchots Beitr. **47** 1. — Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB. Berlin 1903. — Heilborn, Differenzeinwand und gute Sitten, DJZ. **03** 499. — Hilse, Verantwortlichkeit des Fuhrherrn, A.öffR. **18** 214. — Isay, Die Grenze der Verantwortlichkeit für Tierschaden, DJZ. **03** 399. — Lau, Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. BGB., Gruchots Beitr. **47** 497. — Linsmayer, Feldschadenersatz, Seuff. Bl. **68** 27. — Mannhardt, Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten, DJZ. **03** 416. — Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 BGB. Leipzig 1904. — Meves, Kriminalistische Bemerkungen zum BGB., GoltdA. **46** 85 ff. — Oehler, Noch einmal die Haftpflicht der Lehrer, Preuß. Volksschularchiv **2** 213. — Oertmann, Sittenwidrige Handlungen, DJZ. **03** 325. — Oertmann, Der Rechtsirrtum im bürgerl. Rechte, Seuff. Bl. **67** 1, 25, 45. — Pinner, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlaut. Wettbewerbes. Berlin 1903. — Schmidt, Sind die Bestimmungen der §§ 823, 823 und 826 des BGB. auch zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes anwendbar? GRschutz **8** 103. — Schneider, Zu § 833 BGB., R. **03** 203. — Sperl, Schadensersatz, ÖstAGZ. **02** 149. — Unger, Zur Haftung des Tierhalters, Hirths Ann. **36** 155. — v. Weinrich, Sind die §§ 254 und 846 BGB. auf die Haftpflicht der Eisenbahnen und der Post wegen Beschädigungen von Reisenden nicht anwendbar? Egers eisenb. E.u.A. **19** 369.

Zu §§ 823 ff. 1. Meves 81: Zu den unerlaubten Handlungen des 25. Titels gehören nur solche, durch die in die Rechtssphäre eines anderen eingegriffen und diesem durch Verletzung eines seiner Rechtsgüter ein Schaden zugefügt wird. Nicht unter die Normen des 25. Titels fallen einerseits diejenigen Handlungen, die nicht gegen die Rechtsgüter einer anderen Person gerichtet sind, andererseits diejenigen einen Schaden zufügenden Handlungen, bei denen vertragsmäßig übernommene Pflichten nicht oder nicht voll erfüllt werden.

2. Dittenberger 58: Unerlaubte Handlung im weitesten Sinne ist der objektiv rechtswidrige Eingriff in die Rechtsgütersphäre eines anderen, unerlaubte Handlung im engeren Sinne ist der durch vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln bewirkte rechtswidrige Eingriff in fremde Güter.

3. Eltzbacher:

a) Unerlaubter Tatbestand und unerlaubte Handlung. Wie zwischen Rechtsgeschäft und Willenserklärung, so müssen wir auch zwischen unerlaubtem Tatbestand und unerlaubter Handlung unterscheiden. Unerlaubter Tatbestand ist ein Tatbestand, dem eine unerlaubte Handlung angehört. Daß mehrere jemanden mißhandeln und daß ihm dadurch ein Vermögensschaden erwächst, ist ein unerlaubter Tatbestand, der mehrere unerlaubte Handlungen und außerdem noch einen gewissen Erfolg derselben umfaßt (277/279).

b) Wesen der unerlaubten Handlung. Sie ist die zum Schadensersatze verpflichtende Verletzung eines Ausschließungsrechts, d. h. α. sie ist Verletzung eines Rechtes: auch das, was man für bloße Verletzung von Lebensgütern oder bloßen Verstoß gegen Schutzgesetze hält, ist Rechtsverletzung; β. sie ist Verletzung eines Ausschließungsrechtes (absoluten Rechtes): die Verletzung eines Forderungsrechtes (relativen Rechtes) durch den Schuldner ist im Sinne des BGB. keine unerlaubte Handlung, und seine Verletzung durch einen Dritten ist nicht möglich; γ. sie ist die zum Schadensersatz verpflichtende Verletzung eines Ausschließungsrechts; unter dem Gesichtspunkt dieser besonderen Rechtsfolge hat das BGB. die unerlaubten Handlungen dem Rechte der Schuldverhältnisse eingegliedert. Irrig ist die Meinung, als gehöre zum Wesen der unerlaubten Handlung das Verschulden: das BGB. kennt schuldhafte und schuldlose unerlaubte Handlungen; desgleichen die Ansicht, unerlaubte Handlungen seien nur die in dem Titel „Unerlaubte Handlungen" enthaltenen Tatsachen: es gibt unerlaubte Handlungen in allen Teilen des BGB. und auch außerhalb desselben (279/301).

c) Arten der unerlaubten Handlungen. Die unerlaubten Handlungen lassen sich einteilen: α. im Hinblick auf das verletzte Recht in Verletzungen des Persönlichkeitsrechts, Verletzungen dinglicher Rechte, Verletzungen der Rechte an unkörperlichen Gütern und Verletzungen der Rechte an ganzen Güterkreisen (279/284, 302/303); β. im Hinblick auf das Verschulden des Verletzers in schuldhafte und schuldlose unerlaubte Handlungen (290/294, 298).

Mit Unrecht teilt man auf Grund von § 823 die unerlaubten Handlungen in αα. Verletzungen eines Rechtes, ββ. Verletzungen eines Lebensguts, γγ. Verstöße gegen ein Schutzgesetz ein. In Wirklichkeit sind alle unerlaubten Handlungen Rechtsverletzungen. Die Verletzungen von Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit sind Verletzungen des Persönlichkeitsrechts. Und die Verstöße „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" sind teils Verletzungen des uns im Genuß unserer sämtlichen Güter gegen gewisse Angriffe schützenden allgemeinen Ausschließungsrechts, teils Verletzungen anderer Rechte durch Gefährdung des von ihnen gewährleisteten Gutes (279/284, 303/319, 112/114, 333/336).

d) Neben den unerlaubten Handlungen steht das rechtswidrige Verhalten, das keine unerlaubte Handlung ist, nämlich α. diejenigen Verletzungen eines Ausschließungsrechts, an die sich keine Schadensersatzpflicht knüpft (z. B. BGB. §§ 12, 859, 861, 1004, 2018, KonkO. §§ 32, 37), β. die Verletzung von Forderungsrechten (z. B. BGB. §§ 280, 286, 701, HGB. § 456, ZPO. § 817). (96/118, 300/302.)

4. Dittenberger 75 f.: Wenn es sich bei der Frage nach der rechtlichen Natur der unerlaubten Handlungen nur darum handelt, daß ihre Sühne der billigen Ausgleichung widerstreitender Interessen dient, so kann die Verschuldung des Täters überhaupt und insofern in Betracht kommen, als sie die Billigkeit beeinflußt, d. h. insofern, als es billig erscheinen kann, daß der schuldhafte Täter quantitativ anders haftet als der schuldlose. Zweck dieser Regelung ist aber keineswegs der positive Erfolg einer Haftung des Schuldigen als einer Art von Bestrafung, sondern vielmehr die negative Seite, daß der schuldlose Beteiligte

nach Möglichkeit nicht geschädigt werden soll. Die Qualität der Haftung wird jedenfalls nicht berührt: beide Täter, der schuldhafte wie der schuldlose, haften aus demselben Grunde.

Die Zurechnungsfähigkeit des Handelnden, d. h. die Möglichkeit zur rein subjektiven Verknüpfung der Person und des rechtswidrigen Erfolges als eines solchen, gehört überhaupt nicht zum Begriffe der unerlaubten Handlung im BGB. Die Schuldhaftigkeit kann daher nicht Begriffsmerkmal der unerlaubten Handlung sein.

5. Dittenberger 65 ff.: Auch ein Kind kann den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im engeren Sinne erfüllen, d. h. einen objektiv rechtswidrigen Eingriff in die Rechtsgütersphäre eines anderen vorsätzlich oder fahrlässig vornehmen. Dies ist deshalb anzunehmen, weil die Schuld überhaupt nicht ein Begriffsmerkmal der unerlaubten Handlung bildet (70 ff., auch oben Ziff. 2 und 3).

OLG. **7** 181 (Stuttgart): Unerlaubt sind nicht bloß solche Handlungen, bezüglich deren dem Handelnden ein Verschulden zur Last fällt. Die Übertretungen des StGB. z. B. sind ohne Frage unerlaubte Handlungen, Bestrafung erfolgt aber wegen ihrer (nach weitverbreiteter, wenn nicht herrschender Ansicht), ohne daß dem Täter Vorsatz oder Fahrlässigkeit nachgewiesen zu werden braucht.

6. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 181: Eine Verletzung vertraglicher Verpflichtungen stellt keine unerlaubte Handlung dar. Vgl. IDR. **1** Ziff. 3b vor § 823.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 232: Nichterfüllung einer vertragsmäßigen Verpflichtung ist keine unerlaubte Handlung.

OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 55: Die Verletzung eines obligatorischen Anspruchs begründet in der Regel eine Schadensersatzpflicht nicht.

7. Verhältnis des Zivilunrechts zum Strafunrechte. Vgl. oben § 249 Ziff. 2, § 276 Ziff. 5b; IDR. **1** Ziff. 4 vor § 823.

Meves 86 f.: Die Rechtsgüter, deren Verletzung im Abs. 1 als unerlaubte Handlung bezeichnet ist, stehen auch unter dem Schutze des Strafrechts. Der zivilrechtliche Schutz ist ein erheblich weiterer und umfassenderer als der des Strafrechts. Es fragt sich, ob bei denjenigen unerlaubten Handlungen, bei welchen der Tod oder die Körperverletzung oder die Gesundheitsbeschädigung eines Menschen als Folge der Haupttat eintritt und demgemäß im Strafrechte nur als Qualifizierung der Tat gewürdigt wird, die Ersatzpflicht für die Haupttat allein oder auch für deren Folgen eintritt. Wenn z. B. mit einer Freiheitsberaubung eine schwere Körperverletzung oder der Tod des Beraubten verbunden ist, umfaßt dann die Ersatzpflicht nur die Haupttat, also die Verletzung der Freiheit oder hat sie sich daneben auch noch nach den Normen über Körperverletzung und Tötung zu richten? Da das Gesetz diesen Fall in seine Normen nicht aufgenommen hat, so muß der Wortlaut des Paragraphen entscheiden. Nach ihm verpflichtet eine widerrechtliche Verletzung des Lebens oder Körpers eines anderen nur dann zum Schadensersatze, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig verübt worden, nicht auch, wenn sie eine nicht gewollte noch gedachte Folge einer anderen Handlung ist. Eine Ersatzpflicht in dem oben gedachten Falle liegt nur vor, wenn der Handelnde den Tod oder die Körperverletzung gewollt hat.

8. Kausalzusammenhang (s. o. § 249 Ziff. 3 u. 4). Vgl. IDR. **1** vor § 823 Note 5.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** 224 (vgl. o. § 249 Ziff. 4b): Nicht schlechthin jeder Schaden muß ersetzt werden, der als tatsächliche Folge fahrlässiger widerrechtlicher Verletzung eines der im § 823 Abs. 1 bezeichneten Rechte oder als

tatsächliche Folge fahrlässiger Verletzung eines der im Abs. 2 bezeichneten Schutzgesetze eintritt, der tatsächlich ohne solche Verletzung nicht eingetreten wäre. Vielmehr macht im Sinne des Abs. 2 nur diejenige fahrlässige Verletzung eines Schutzgesetzes den Täter verantwortlich und im Falle eines Schadens ersatzpflichtig, die den Zweck, die Absicht des Schutzgesetzes vereitelt, die diejenige Person, dasjenige Recht und Interesse schädigt, die das Schutzgesetz schützen wollte, deren Schädigung daher der Täter unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt zu vermeiden verpflichtet war. In gleicher Weise ist Abs. 1 einschränkend zu verstehen. Nicht jedes denkbare Interesse soll geschützt werden, das in einem vereinzelten Falle durch ganz besondere, nicht vorauszusehende, außer aller Berechnung liegende Umstände, in weit abliegender tatsächlicher ursächlicher Folge durch jene fahrlässige Rechtsverletzung geschädigt wird.

Im vorliegenden Falle war ein vom Beklagten geführter Wagen auf einem Straßenübergang über die Eisenbahn mit einem Zuge zusammengestoßen. Ein dort angestellter Bahnwärter ist, ohne daß er tätig geworden oder mit dem Zuge oder dem Wagen in Berührung gekommen ist, angeblich infolge des Schreckens erkrankt und gestorben. Die Klage des Eisenbahnfiskus gegen den Beklagten auf Ersatz des Gehalts für einen Hilfsbeamten und auf Ersatz der an die Witwe gezahlten und weiter zu zahlenden Pension ist abgewiesen.

9. Verschulden. (Vgl. oben § 276 Ziff. 2—4.) S. auch IDR. **1** vor § 823 Note 6.

a) **RG.** DIZ. **03** 574: Da die Ansprüche aus unerlaubter Handlung ein subjektives Verschulden voraussetzen, ist zu fordern, daß der Täter bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraussehen konnte, daß seine Handlung einen anderen schädigen werde.

b) BayrObLG., R. **03** 79: Die Entscheidung darüber, ob einer Person ein Verschulden zur Last fällt, ist nicht bloß eine tatsächliche Feststellung, sondern enthält, indem sie in dem festgesetzten Verhalten die Merkmale des Rechtsbegriffs des Verschuldens findet oder nicht, auch eine rechtliche Schlußfolgerung und unterliegt insoweit der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

c) **RG.** IW. **03** Beil. 125: Schuldhaft handelt, wer weiß oder wissen konnte, daß sein Handeln widerrechtlich Schaden stiften werde; er hätte dann die Handlung unterlassen müssen, die schädlichen Folgen derselben hat darum er verschuldet, auch wenn sie größer sind, als er annahm oder annehmen konnte. Keineswegs ist erforderlich, daß der Täter schon eine genaue Vorstellung von dem Umfange des Schadens gewonnen hatte oder hätte gewinnen können.

d) Meves 84 (vgl. § 276 Ziff. 5b): Vorsatz ist das bewußte Wollen, die Aufnahme des Erfolges in den Willen des Handelnden. Auf den Unterschied des Strafrechts hinsichtlich Vorsatz und Absicht kann es für das BGB. nicht ankommen, weil § 823 den Vorsatz für ausreichend erachtet, der jedenfalls den Absichtsbegriff mit umfaßt. Dem Vorsatze steht das Bewußtsein gleich; wer sich des Erfolges seiner Handlung bewußt ist und dennoch handelt, will den Erfolg, führt ihn vorsätzlich herbei. Auch die strafrechtliche Theorie vom Eventualdolus und seine Gleichstellung mit dem Vorsatze muß hier um so mehr durchgreifen, als sogar das fahrlässige Handeln dem vorsätzlichen gleichgestellt ist; es handelt also im Sinne des § 823 vorsätzlich, wer mit eventuellem Dolus handelt.

e) BayrObLG., R. **03** 483: Die Schadensersatzpflicht trifft nicht denjenigen, der möglicherweise einen Schaden verursacht hat, sondern nur denjenigen, dessen schuldhaftes Verhalten vernünftigerweise als Ursache des Schadens anzusehen ist.

f) Oertmann, Seuff. Bl. **67** 46: Zum Vorsatze gehört das Bewußsein der Rechtswidrigkeit.

g) Flügge, Recht des Arztes 84 ff., der die §§ 823 ff. für den Beruf des

Arztes paraphrasiert, macht (87) darauf aufmerksam, daß es hier an einem infolge der unerlaubten Handlung entstandenen Schaden oft fehlen werde, und daß ein Verschulden nur dann vorliege, wenn er nicht die seinem Beruf eigene Sorgfalt beobachte.

h) Über konkurrierendes Verschulden vgl. zu § 254 u. JDR. **1** vor § 823 Ziff. 6k. S. Gottschalk, Mitwirkendes Verschulden 109.

OLG. Jena, ThürBl. **50** 88: Wenn jemand in der Dunkelheit in einer kleinen Stadt, in welcher im Sommer die Straßenbeleuchtung nicht üblich ist, gegen einen Pfahl läuft, dessen Vorhandensein dem Verletzten wohl bekannt war, so liegt hierin das größere Verschulden des Verletzten gegenüber dem leichteren Verschulden der Stadtverwaltung, daß sie die Pfähle nicht deutlich kenntlich gemacht hat.

i) Oertmann, Seuff.Bl. **67** 46: Ein Rechtsirrtum schließt den Vorsatz aus.

10. Widerrechtlich. — S. auch JDR. **1** vor § 823 Note 7.

a) Meves 85: Widerrechtlich ist jede Handlung oder Unterlassung, zu der entweder überhaupt eine Befugnis fehlt oder die die Grenze einer vorhandenen Befugnis überschreitet. Einwilligung in die Verletzung eines in das Eigentum fallenden Gegenstandes wird die Widerrechtlichkeit der Verletzung und demgemäß die Entschädigungspflicht ausschließen, wird aber bei Verletzungen des Lebens, des Körpers und der Gesundheit ohne jeden Einfluß bleiben.

OLG. Stuttgart, R. **03** 209: Widerrechtlichkeit gehört zwar zu dem gesetzlichen Tatbestande der unerlaubten Handlung, z. B. bei Verletzung des Eigentums eines anderen. Diese erscheint jedoch schon an sich insolange widerrechtlich, als der Täter nicht dartut, daß ihm ein Recht hierzu zur Seite gestanden hat.

b) Ein Notstandsakt, der nicht unter die §§ 228, 904 BGB., wohl aber unter § 54 StGB. fällt, z. B. eine im Notstande zugefügte Körperverletzung, begründet keine Ersatzpflicht. Die Handlung ist zwar nicht subjektiv berechtigt, aber unverboten. Die widerrechtliche Verletzung des § 823 ist die verbotene, gegen das objektive Recht verstoßende, nicht die ohne subjektives Recht vorgenommene Verletzung. Oetker, Notwehr u. Notstand 79 f. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 228.

c) Wer im Wege verbotener Eigenmacht dem Eigentümer eine Sache wegnimmt, auf deren Übergabe er gegen ihn ein Recht hat, verletzt widerrechtlich nicht das Eigentum, sondern nur den Besitz. Der Herausgabeanspruch wegen rechtswidriger Besitzentziehung kann aber nicht auf §§ 823, 249 gestützt werden. Wolff, Recht zum Besitze 27, 28.

11. Klage auf Unterlassung. Vgl JDR. **1** vor § 823 Ziff. 10.

a) Lau, 497ff.: Der vom **RG. 48** 114, JW. **03** Beil. 11 auf Grund der §§ 823, 826 konstruierte Unterlassungsanspruch ist aus dem Gesetze nicht zu rechtfertigen, sondern steht im Widerspruche mit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers. Ein auf Gewährung der Unterlassungsklage gerichtetes Bedürfnis der Praxis ist vorhanden, aber nur durch Anerkennung und gesetzgeberische Ausgestaltung der Individualrechtstheorie zu befriedigen.

BayrObLG., DJZ. **03** 58: Unterlassung und Störung eines dinglichen Rechtes im Gegensatze zur vorübergehenden, dem vermögensrechtlichen Ausgleich unterliegenden Verletzung.

LG. Graudenz, PosMschr. **03** 102, 103: Der Anspruch auf Schadensersatz begreift den Anspruch auf Beseitigung eines dem Rechte des Berechtigten widersprechenden Zustandes in sich.

b) **RG. 52** 373ff., JW. **03** Beil. 10: Die widerrechtliche Verletzung kann auch durch ein Unterlassen herbeigeführt werden, da nach BGB. auch Unterlassungen als kausal für Schadenszufügungen angesehen werden. Vgl. **RG. 54** 58.

Über den Unterlassungsanspruch vgl. Mannhardt, DJZ. **03** 416 im Anschluß an **RG. 48** 114ff.; s. oben zu § 241 Note 6a.

12. Beweislast. Vgl. IDR. 1 vor § 823 Note 11.

Nach Schulz, Beweislast 19, enthält der erste Absatz die Bestimmung, daß jeder, der vorsätzlich oder fahrlässig eine gegen das Leben, den Körper, die Gesundheit oder die Freiheit eines anderen gerichtete Handlung vornimmt, zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens dann verpflichtet sein soll, wenn der andere auf das Unterbleiben der Handlung Anspruch hat. Zur Begründung dieses Anspruchs reicht die Bestimmung aus, daß jeder auf das Unterbleiben einer gegen sein Leben usw. gerichteten Handlung Anspruch haben solle. Wer diesen Anspruch bestreitet, muß die Ungültigkeit jener Bestimmung begründen und Tatsachen zur Feststellung bringen, die ihn zur Vornahme der Handlung berechtigen.

13. Übergangsbestimmungen. Vgl. IDR. 1 vor § 823 Note 13.

Affolter, System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts 301: Ist eine unerlaubte Handlung vor dem Inkrafttreten der neuen Rechtsordnung begangen, tritt ihr schädigender Erfolg aber erst nach dieser Zeit ein, so ist die alte Rechtsordnung maßgebend. Ist die unerlaubte Handlung schon begangen, aber noch kein Schaden daraus entstanden, so erhebt sich zunächst das objektive Schuldverhältnis; mit subjektivem Gehalt erfüllt es sich erst, wenn der Schaden eintritt. Beim Tatbestande des § 831 der neuen Rechtsordnung ist intertemporalrechtlich entscheidend der Zeitpunkt der Bestellung eines anderen durch den Geschäftsherrn, damit wird das objektive Schuldverhältnis begründet. Dauert ein Zustand unter der neuen Rechtsordnung fort, wie z. B. das Halten des Tieres § 834, oder die Unterhaltung des Gebäudes § 838, so unterliegt er als Tatbestand der Gegenwart ihrer Herrschaft, wenn unter ihr der Schaden eintritt. Jedoch gelten im Verhältnisse zwischen dem Halter des Tieres und dem Besitzer des Gebäudes einerseits und dem, der schon unter der alten die Aufsicht übernommen hat, deren Vorschriften.

§ 823. I. Abs. 1.

1. **RG. 55** 30: Ersatzberechtigt ist grundsätzlich nur der unmittelbar Verletzte. Eine Ausnahme besteht in den §§ 844, 845. Vgl. dazu unten § 846 und oben zu § 254 Note 5.

2. **RG. 54** 137, JW. **03** Beil. 58 (vgl. oben § 249 Ziff. 2): Der Schaden ist nicht einseitig und nach der Höhe der aus dem Vermögen des Beschädigten in das Vermögen des Schädigers übergegangenen Vermögensteile, sondern unter Ausgleichung aller beiderseitigen, aus derselben Wurzel entsprungenen Vermögens-Ab- und Zugänge festzusetzen. Eine Zuhilfenahme der Aufrechnungsgrundsätze nach §§ 387 ff. ist bei dieser Abgleichung aller beiderseitigen Vorteile und Nachteile nicht erforderlich. Vgl. oben Ziff. 4 zu § 812.

3. Flesch und Wertheimer, Geschlechtskrankheiten und Rechtsschutz 49 ff.: Infizierung mit einer Geschlechtskrankheit ist eine Verletzung des Körpers, der Gesundheit. Eine Schadensersatzpflicht tritt nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Erkrankten ein, d. h. dann nicht, wenn er, ohne es zu wissen, und auch trotz ärztlicher Untersuchung, noch latent krank und ansteckungsfähig ist. S. auch oben zu §§ 249 ff. Note 1 b.

4. a) OLG. Breslau, R. **03** 527: Widerrechtliche, vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung fremden Eigentums liegt vor, wenn jemand in der Zwangsversteigerung gegen sich das Eigentum eines anderen versteigern läßt. S. über diese Frage auch oben zu § 254 Note 12 e.

b) OLG. Colmar, DJZ. **03** 348: Wird durch die anrüchige Nachbarschaft eines Bordellbetriebs der Wert der Nachbarschaft herabgesetzt, so ist die Unterlassungsklage gegeben. Vgl. IDR. **1** Ziff. 7 d zu § 823.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 267: Durch das Halten von Bordellen

wird eine Schädigung der Nachbarn herbeigeführt, die auch auf Unterlassung klagen können. Vgl. JDR. **1** Ziff. 7d zu § 823.

5. OLG. Breslau, R. **03** 361: § 823 Abs. 1 bezieht sich im Gegensatze zu § 823 Abs. 2 und § 826 nicht auf Beschädigung des Vermögens im allgemeinen.

RG. R **03** 104: Der Titel einer Zeitschrift ist kein selbständiges Vermögensrecht, durch ihn wird nur das Recht zur Herausgabe einer Zeitschrift unter einem bestimmten Titel individualisiert.

6. Sonstiges Recht. — Vgl. JDR. **1** zu § 823 Note 8.

a) Schmid, GRschutz **8** 103 ff.: Die Worte „oder ein sonstiges Recht" sind nicht mit den Worten „das Eigentum" zu verbinden, sondern schließen sich an die sämtlichen vorhergehenden Worte an.

b) Rechtsverletzung im Sinne von § 823 ist nur die Verletzung eines Ausschließungsrechtes (absoluten Rechtes). Eltzbacher 284/290.

c) Eltzbacher: Zu den Rechten, wegen deren Verletzung § 823 eine Schadensersatzpflicht gibt, gehört auch das Persönlichkeitsrecht. Dieses Recht gewährleistet uns unsere persönlichen Güter, d. h. diejenigen, die mit uns selbst untrennbar verbunden sind. Solche Güter sind unser Leben, unsere körperliche und seelische Unversehrtheit, der freie Gebrauch unserer Kräfte, unser Wohlbehagen, unsere Ehe und unser Kredit. In welchem Umfange sie uns gewährleistet sind, wieweit also das Persönlichkeitsrecht reicht, ist aus dem positiven Rechte zu entnehmen. Hier kommt nicht nur § 823 mit seiner Aufzählung von Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit in Betracht, sondern jede andere ein persönliches Gut schützende Bestimmung, also namentlich auch zahlreiche Vorschriften des Strafgesetzbuchs (303/319). Daher verpflichtet z. B. auch die schuldhafte Verletzung der Ehre zum Schadensersatz. (312/314.)

d) Ein Recht im Sinne des § 823 ist auch der Besitz. Eltzbacher 322/324. Desgleichen das allgemeine Ausschließungsrecht, ein Recht, unter dem wir den Schutz zusammenfassen müssen, welchen die Rechtsordnung der Gesamtheit unserer Güter gegen gewisse Beeinträchtigungen und Gefährdungen gewährt. Eltzbacher 333/337. Vgl. JDR. **1** zu § 823 Note 8f.

e) Langheineken, Anspruch und Einrede 138: Es dürfte von vornherein wohl angängig sein, die Vorschrift des § 823 Abs. 1 nicht nur auf eine schuldhafte Verletzung eines absoluten Rechtes, sondern auch auf eine schuldhafte Zuwiderhandlung gegen eine obligatorische Vorschrift zu beziehen; gleichwohl aber wird diese allgemeine Bestimmung überall hinter den besonderen Vorschriften über die Haftung bei obligationsrechtlichen Verhältnissen zurücktreten, so daß sich also im Ergebnis ihr Anwendungsgebiet entsprechend beschränkt. Dagegen dürfte eine Gesetzeskonkurrenz nicht vorliegen bezüglich des obligatorischen Anspruchs und des Deliktsanspruchs des Eigentümers. Denn die deliktische Haftung wird z. B. durch die Übernahme einer kontraktlichen Verpflichtung weder dann berührt, wenn der aus dem Vertrage Berechtigte mit dem Eigentümer nicht identisch ist, noch auch, wenn eine solche Identität besteht. — Vgl. JDR. **1** zu § 823 Note 8 d, e.

f) Siber, Rechtszwang (257 f.): Aus Verletzung von Forderungsrechten Deliktshaftung des Schuldners nur in Fällen beschränkter Haftung, wenn er arglistig (§ 826) oder nach der Beschlagnahme auch fahrlässig (§ 823 Abs. 2 vbd. StGB. 137) das Sondergut vermindert (s. S. 220 ff.); Haftung eines Dritten aus Arglist (§ 826), aus Fahrlässigkeit nur, wenn er, ohne die Erfüllung unmöglich zu machen, die Forderung zerstört, z. B. Deliktshaftung des früheren Gläubigers im Falle § 407.

OLG. Breslau, BreslAK. **03** 18: Zu den „sonstigen Rechten" gehören nicht die obligatorischen Rechte, weil die Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner durch Handlungen eines Dritten nicht berührt werden.

Zu den im § 823 Abs. 1 aufgezählten Rechten gehören nicht die Forderungsrechte. Titze, Unmöglichkeit 328—337. Ebenso Oertmann DJZ. **03** 325. — Vgl. JDR. **1** zu § 823 Note 8 d, e.

g) **RG. 53** 312, JW. **03** Beil. 47: Wenn jemand sich einem Bahnzug unvorsichtigerweise so nähert, daß sein Leben und seine Gesundheit, nicht aber der Zug und dessen Insassen gefährdet werden, so wird dadurch ein Recht des Betriebsunternehmers im Sinne von § 823 Abs. 1 nicht verletzt, mag auch dessen Vermögen wegen der Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes unter Umständen eine Schädigung erfahren.

h) OLG. **7** 405 (Hamburg): Das Verwaltungs- und Besitzrecht des Ehemanns am Gesamtgute (Gütergemeinschaft) gehört zu den subjektiven Rechten.

i) LG. Leipzig, SächsA. **13** 228: Das Vermögen als solches fällt nicht unter die „sonstigen Rechte".

k) OLG. **7** 181 (Stuttgart): Ein „Recht auf Schutz gegen unlauteren Wettbewerb" gibt es nicht.

Pinner 172: Jeder auch fahrlässige rechtswidrige Angriff gegen einen bestehenden Gewerbebetrieb macht schadensersatzpflichtig. Vgl. JDR. **1** Ziff. 8 a zu § 823.

7. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. **1** zu § 823 Note 9.

a) BayrObLG., R. **03** 79: Die mit polizeilicher Genehmigung in einem öffentlichen Flusse vorgenommene Errichtung einer Stauanlage ist an sich nicht widerrechtlich, auch wenn dadurch im Falle eines Hochwassers die Ufergrundstücke gefährdet werden. Widerrechtlich wird das Unternehmen erst, wenn es in solcher Weise ausgeführt wird, daß es die mit einer Stauanlage notwendig verbundene Gefahr vergrößert. Ist die Anlage nach den Anordnungen der zuständigen Baubehörde ausgeführt, so ist der Unternehmer für den durch Hochwasser den Ufergrundstücken zugefügten Schaden nicht deshalb verantwortlich, weil die Stauanlage nicht den technischen Anforderungen entspricht.

b) BayrObLG., R. **03** 79: Derjenige, der eine Veranstaltung trifft, von der er wissen muß, daß sie anderen Gefahren bringen kann, handelt den mit der Gefahr Bedrohten gegenüber nicht widerrechtlich, und der Schaden, der infolge der Veranstaltung bei dem Eintritte von Umständen, die an sich dem Gebiete des Zufalls angehören, für andere entsteht, ist infolgedessen nicht widerrechtlich von demjenigen zugefügt, der die Veranstaltung getroffen hat.

c) Haftung für Wege, Straßen und Verkehrsorte. Vgl. JDR. **1** Ziff. 9 d zu § 823.

α. **RG. 54** 56, JW. **03** Beil. 56: Die Verpflichtung einer Gemeinde, für den verkehrssicheren Zustand eines dem öffentlichen Verkehr überlassenen Weges zu sorgen, ist nicht allein in den gesetzlichen Bestimmungen über das Eigentum zu suchen. Das Eigentum hat für die Frage der Haftung nach § 823 die Bedeutung, daß es eine Verfügungsmacht über eine Sache gewährt, vermöge deren der Inhaber mit dem Rechtskreise anderer in Berührung kommt, und deren Ausübung ihm die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen anderer auferlegen kann. Der Schwerpunkt liegt hierbei nicht in dem Eigentumsrecht als solchem; eine gleiche Pflicht zur Anwendung von Sorgfalt besteht möglicherweise auch für den aus einem anderen Rechte als dem Eigentum Verfügungsberechtigten. Die Frage ist, ob der Betreffende vermöge seiner tatsächlichen und rechtlichen Beziehung zu der Sache bei der Verfügung über diese Sache, bzw. bei der Handhabung oder dem Gebrauche derselben im Rechtsverkehr irgendwelche Sorgfalt gegenüber Dritten anzuwenden habe. Wenn er diesfalls die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, so handelt er fahrlässig, und wenn dadurch ein Mensch am Körper verletzt wird, so wird jener für diese widerrechtliche Verletzung nach § 823 Abs. 1 schadensersatzpflichtig.

OLG. Naumburg, R. **03** 527: Eine Stadtgemeinde hat einen für den öffentlichen Fußgängerverkehr bestimmten Weg zu einer Abendzeit zu beleuchten, während der allgemeine Straßenverkehr noch besteht. Für Unterlassungen ist sie ersatzpflichtig. Ebenso haftet sie, wenn sie den Verkehr hindernde Vorrichtungen an Stellen anbringt, wo solche nicht vermutet werden, ohne ausreichende Sicherungsmaßregeln zu treffen.

BayrObLG., R. **03** 79: Eine Gemeinde, die einen Weg für den öffentlichen Verkehr bestimmt, ist verpflichtet, denselben in einem dem Zwecke entsprechenden Zustande zu unterhalten und Vorkehrungen, die nach vernünftigem Ermessen und nach den örtlichen Verhältnissen zur Sicherheit des Verkehrs erforderlich sind, zu treffen. Auch die Nichtbeachtung einer dem öffentlichen Rechte angehörenden Vorschrift, die den Schutz von Personen bezweckt, verpflichtet zum Schadensersatze.

RG. 55 24 ff., JW. **03** Beil. 86: Eine Landgemeinde haftet, wenn sie eine Brücke, welche von Fremden und Einwohnern auch noch in späterer Nachtzeit begangen wird, nicht gehörig beleuchtet oder sonst in geeigneter Weise dafür sorgt, daß niemand abstürzen kann, für den aus dieser Unterlassung entstehenden Schaden. Die Gemeinde kann es nicht dem einzelnen überlassen, etwa durch Mitnahme einer Handlaterne sich selbst vor Gefahr zu schützen.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 224: Baut der Fiskus neben und über das bereits bestehende natürliche Bachbett eines Dorfbachs eine Straße, so liegt es ihm und nicht der Dorfgemeinde, in deren Eigentum das Dorfbachbett steht, ob, die Uferränder, soweit sie seine Straße berührten, zu verwahren.

RG. 53 57, JW. **03** Beil. 9, DJZ. **03** 153, — vgl. unten Ziff. 1 zu § 831: Die Haftung der beklagten Eisenbahn für die Vernachlässigung der Pflicht, die Zufahrtsstraße zum Bahnhof zu beleuchten, bestimmt sich nicht ausschließlich nach den Vorschriften über die Haftung des Geschäftsherrn für das Tun und Lassen des zur Verrichtung Bestellten, sondern auch nach der Vorschrift im § 823 BGB. Sie selbst hat, bzw. durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter, dafür zu sorgen, daß jene Verpflichtung erfüllt werde, und sie würde nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, wenn sie jedwede Kontrolle darüber unterlassen hätte, ob eine ihr obliegende Pflicht, deren Erfüllung sie einer Person übertragen hatte, für deren Handlungen oder Unterlassungen sie nicht schlechthin haftet, auch wirklich erfüllt werde. Eine besondere Überwachung hat nicht für jede dienstliche Tätigkeit und nicht ununterbrochen stattzufinden; vielmehr ist nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden, ob und inwieweit die Umstände Anlaß zu einer Kontrolle geben. Ebenso **RG.** JW. **03** Beil. 132.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hauptbl. 60: Derjenige, welcher zum öffentlichen Verkehre bestimmte Straßen benutzt, wird diejenigen Vorkehrungen treffen müssen, welche bei verständiger Würdigung der einschlagenden Verhältnisse erforderlich erscheinen, um Gefahren für Dritte aus seinen Handlungen zu vermeiden. Läßt aber jemand auf einer öffentlichen Wasserstraße ein leeres Fahrzeug ohne Besatzung so befestigt liegen, daß ein Ablösen, Abtreiben und Sinken desselben möglich bleibt, so wird er damit rechnen müssen, daß ein solches Ereignis eintritt und dadurch eine Gefährdung anderer, den Wasserweg benutzender Fahrzeuge herbeigeführt wird.

β. **RG. 54** 59, JW. **03** Beil. 58: Wer sein Grundstück zum öffentlichen Verkehre bestimmt und einrichtet, ist verpflichtet, das in einer Weise zu tun, daß ihm auch weiterhin eine Fürsorgepflicht in dieser Richtung obliegt, und daß also, wer einen Weg dem Publikum zum freien Gemeingebrauche gestellt hat und hierzu unterhält, für den Schaden aufzukommen hat, der durch mangelhafte Instandhaltung oder Nichtbeseitigung von Verkehrshindernissen verursacht wird. Eine privatrechtliche Verantwortlichkeit wird dadurch, daß dem Grundstücksbesitzer

die Unterhaltung des Weges als öffentlich-rechtliche Pflicht obliegt, nicht ausgeschlossen. Wird in Vernachlässigung dieser Obliegenheit zugleich diejenige Sorgfalt verabsäumt, welche im Rechtsverkehre nach dem bürgerlichen Gesetze zu beobachten ist, so gehört die daraus erwachsende Haftung dem Gebiete des Privatrechts an, und auf diesem Gebiete können auch die Korporationen des öffentlichen Rechtes keine gesonderte Rechtsstellung beanspruchen.

γ. **RG.** JW. **03** Beil. 93 (vgl. oben zu § 276 Note 7f): Die Eröffnung eines Wirtschaftsverkehrs in einem Anwesen begründet für den Wirt die Verpflichtung, für die Sicherheit seiner Gäste zu sorgen, insbesondere die Zugänge zu den Räumen zu beleuchten, innerhalb deren sich der Verkehr bewegt. Auch auf die Bedürfnisanstalten und die Wege zu denselben erstreckt sich die Pflicht.

RG. JW. **03** Beil. 137: Der Verkehr in einem Geschäftshause steigert auch die Anforderungen, die an den diesen Verkehr eröffnenden Eigentümer und Geschäftsinhaber hinsichtlich der Sorge für die Verkehrenden erhoben werden müssen. (Beleuchtung und Verschlußeinrichtungen an Kellertüren.)

OLG. Dresden, SächsA. **13** 630: Der Gastwirt hat den seinen Gästen überlassenen Tanzsaal in einem entsprechenden Zustande zu erhalten, mithin gefahrbringende Hindernisse zu beseitigen. Er braucht die Räume aber nicht unausgesetzt zu überwachen (vgl. JDR. **1** Note 9f zu § 823); er genügt vielmehr seiner Pflicht, wenn er die ihm bekannt gewordenen Gefahren beseitigt und sich von der Beschaffenheit der Räume so oft, sowie in dem Umfang überzeugt, als es ein ordentlicher Gastwirt zu tun pflegt. Für sein schuldhaftes Unterlassen haftet er aus § 823.

d. Haftung von Vermietern und Grundstückseigentümern. Vgl. JDR. **1** zu § 823 Note 9e.

RG. SächsA. **13** 76: Der Fiskus kann als juristische Person für ein Tun oder Unterlassen, wodurch jemand widerrechtlich geschädigt wird, namentlich auch im Falle der Unterlassung einer sog. Zwangspflicht, haftbar gemacht werden. Eine derartige privatrechtliche Haftung ist insbesondere da begründet, wo dem Eigentümer einer baulichen Anlage oder dem Unternehmer eines gewerblichen Betriebs allgemein bezüglich der Sicherheit des Verkehrs eine Fürsorge obliegt. Wenn in einem solchen Falle bestimmte Schutzmaßregeln sich als notwendig darstellen, so kann in deren Unterlassen ein Verschulden gelegen sein, obwohl eine spezielle gesetzliche oder polizeiliche Vorschrift nicht besteht. Jene Fürsorgepflicht besteht nur innerhalb der Grenze, in welcher die betreffende Einrichtung dem öffentlichen Verkehre dienstbar gemacht ist, und nur soweit, als es die bestimmungs- und ordnungsmäßige Benutzung der Anlage erfordert.

RG. SächsA. **13** 356ff., Gruchots Beitr. **47** 643ff.: Der Vermieter ist ohne Rücksicht darauf, ob er in dem Grundstücke wohnt oder nicht, als verpflichtet anzusehen, die Reinigung von Einfahrten, Höfen und ähnlichen der gemeinsamen Benutzung der Hausbewohner dienenden Grundstücksteilen durch von ihm zu bestellende geeignete Personen ausführen zu lassen, auch, sofern deren Beleuchtung geboten erscheint, diese zu beschaffen.

e) Streupflicht. Vgl. JDR. **1** zu § 823 Note 9f.

α) **RG. 53** 281, JW. **03** Beil. 39: Der Eisenbahnfiskus, als Eigentümer eines Bahnhofsvorplatzes, hat für die Erfüllung der in der Straßenordnung den Eigentümern auferlegten Pflichten (Streupflicht) Sorge zu tragen, und von dieser Verpflichtung kann er sich nicht schlechthin durch den Nachweis befreien, daß er eine geeignete Person zu der Verrichtung bestellt habe. Für die Unterlassung im einzelnen Falle zwar kann er nach Maßgabe des § 831 die Verantwortung ablehnen, wenn er die Bestellung einer geeigneten Person dartut. Einer besonderen Leitung der Ausführung der Verrichtung im Sinne des § 831 Abs. 1 bedurfte diese ihrer Natur nach nicht. Davon verschieden ist aber die

allgemeine Beaufsichtigung der Beamten und ihrer Dienstverrichtungen, die dem Beklagten in seinen verfassungsmäßig berufenen Vertretern obliegt, und deren Unterlassung ihm als ein Verschulden dieser Vertreter zugerechnet werden muß. Wenn aus dieser Vernachlässigung ein Schaden erwächst, ist die juristische Person, obwohl sie eine geeignete Person zu der Verrichtung bestellt hatte, nach § 823 gleichwohl gleich haftbar.

β. Auf Grund des § 823 Abs. 2 kann der Eisenbahnfiskus in Preußen nicht in Anspruch genommen werden, weil er entgegen einer Ortspolizeiverordnung es unterlassen hat, einen nicht öffentlichen Eisenbahnzufuhrweg von Glatteis zu reinigen; wohl aber kann sich seine Haftpflicht aus § 823 Abs. 1 ergeben. Vgl. Adam, Egers eisenb. E. u. A. **20** 82 ff. und die dort mitgeteilte Entscheidung des LG. II Berlin vom 11. Juni 1903.

γ. BayrObLG., R. **03** 79: Wenn bei Glatteis rechtzeitig Sand gestreut ist, der Sand aber von den nachfolgenden Fuhrwerken immer wieder in den Schnee hineingedrückt wurde, so würde das Verlangen, so oft es nötig ist, streuen zu lassen, die Anwendung einer fortgesetzten gesteigerten Aufsicht ganz ungewöhnlicher Art zur Pflicht machen. Eine Gemeinde ist nicht verpflichtet, durch Sandstreuen einen Trottoirstreifen herzustellen, wenn der Weg kein Trottoir hat.

f) Haftung der Notare s. u. § 839, oben § zu 278 Note 6 u. JDR. **1** zu § 823 Note 9g.

g) **RG. 55** 171, JW. **03** Beil. 109: Anordnungen und Handlungen der Militärverwaltung, welche lediglich aus Anlaß der Ausübung eines Hoheitsrechts erfolgen, jedoch ihrer Natur und Zweckbestimmung nach der staatlichen Vermögensverwaltung angehören, sind militärfiskalische Anordnungen oder Akte. Bei diesen handelt es sich um privatrechtliche Angelegenheiten des Staates, und der Staat, also auch der Militärfiskus, soweit er in privatrechtliche Beziehungen zu den Beteiligten tritt, untersteht auf diesem Gebiete den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Das gilt insbesondere hinsichtlich der vom Gesetze dem Eigentümer oder Besitzer auferlegten Verantwortlichkeit wegen der durch seine Sachen verursachten Beschädigungen.

h) Kipp, DJZ. **03** 253 ff. (vgl. oben zu § 276 Note 6b unter γ): Wenn innerhalb eines Rechtsverhältnisses die Haftung auf bestimmte Weise geregelt ist, so darf man nicht unter dem Titel der Haftung aus unerlaubter Handlung seine Sonderregelung beiseite schieben. Die Regelung der Mängelhaftung beim Kaufe schließt die Haftung aus § 823 nicht aus; auch im Falle der Schenkung und Leihe kann sie eintreten. Die Haftung aus der unerlaubten Handlung ist eine deliktische, nicht vertragsmäßige, sie ist von der Gültigkeit des Vertrags ganz unabhängig, kann auch einen ersten Verkäufer gegenüber den Abnehmern des ersten Käufers treffen, umfaßt jedoch niemals einen Schaden, der nicht in den Kreis des § 823 fällt.

i) OLG. Dresden, SächsA. **13** 382: Der über die Ertragsfähigkeit eines Geschäfts getäuschte Käufer des Geschäfts kann von dem Verkäufer Schadensersatz nach § 823 verlangen und diese Schadensersatzforderung gegen die Kaufpreisforderung zur Aufrechnung bringen. Dies erscheint sogar als der gangbarste Weg, weil nach der Übernahme eines im Betriebe befindlichen Detailgeschäfts eine völlige Vertragsauflösung und die Wiederherstellung des vorigen Zustandes, wie sie bei der Vertragsanfechtung einzutreten hätte, mit solchen Schwierigkeiten verbunden sein würden, daß sie bei so ungemäßer Gesetzesauslegung der völligen tatsächlichen Unmöglichkeit gleichgestellt werden dürfen.

k) **RG. 54** 128 ff., DJZ. **03** 273: Ein Aktionär, welcher durch wissentlich falsche Angaben des Vorstandes über die Verhältnisse der Aktiengesellschaft veranlaßt worden ist, bei einer Erhöhung des Aktienkapitals Bezugsrechte auszuüben, kann den Schaden, welcher ihm gerade durch seine Beteiligung an der Gesell-

schaft erwächst, niemals von der Gesellschaft selbst ersetzt verlangen. Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des BGB. §§ 31, 823 ist durch die handelsrechtlichen Vorschriften ausgeschlossen.

l) **RG.** JW. **03** Beil. 115: Niemand darf über eine Sache verfügen, ohne zuvor festgestellt zu haben, daß er das Verfügungsrecht wirklich hat. Der Schutz, der im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs dem guten Glauben insofern zuteil wird, als er den Mangel des objektiven Verfügungsrechts deckt, gilt nur zugunsten des Erwerbers. Der Veräußerer wird von der ihm aus seiner Handlung dem wirklichen Eigentümer gegenüber erwachsenden Ersatzverbindlichkeit nicht schon dadurch frei, daß er die Veräußerung in Unkenntnis des fremden Eigentums vorgenommen hat. Die fahrlässige Außerachtlassung der Prüfungspflicht macht den Veräußerer ersatzpflichtig.

m) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 62: Eine Firma haftet nicht ohne weiteres für unerlaubte Handlungen des Prokuristen (Kreditschädigung der Klägerin nach § 824), welche diese bei geschäftlichen Verhandlungen begangen hat.

n) OLG. Naumburg, Seuff. A. **58** 129 (vgl. oben zu § 276 Note 7e): Der Schulvorstand hat nicht die Pflicht, jedes einzelne in der Schule befindliche Lehrmittel einer periodischen Prüfung daraufhin zu unterziehen, ob es noch in ordnungsmäßiger Verfassung sich befinde. Er genügt seiner Pflicht, wenn er es abwartet, ob ihm seitens des Lehrpersonals, das die Lehrmittel zu verwenden hat, Anzeige über den schadhaften Zustand der Lehrmittel gemacht werde. Unterließe er es trotz solcher Anzeige, die gerügten Mängel abzustellen, oder ließe er sie bestehen, obwohl er auf andere Weise von ihnen Kenntnis erlangt hätte, so würde er sich allerdings einer Pflichtverletzung schuldig machen.

o) OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** 140: Ein Marktbezieher hat kein Recht auf Einräumung eines festen Verkaufsstandes auf dem Markte. Dessen Anweisung ist dem diskretionären Ermessen der Polizeibehörde anheimgestellt. Ein Marktbezieher kann daher auch gegen den Fiskus und die Polizeibehörde keinen Schadensersatz deshalb geltend machen, weil er infolge des wechselnden Standes durch Hin- und Hertransport, Verderb der Waren und Mindereinnahme Nachteile erlitten hat.

p) OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** 210: Der Inhaber eines zum Anlegen von Schiffen bestimmten Bollwerkes ist verantwortlich für den Schaden, den ein zum Löschen ans Bollwerk gelegter Kahn dadurch erleidet, daß er sich auf einem ordnungswidrig aus dem Bollwerk herausragenden Bolzen aufhängte. Der Beklagte genügt seiner Verpflichtung, das Bollwerk in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten, nicht schon dadurch, daß er es in größeren Zwischenräumen nachsehen läßt, er hat vielmehr fortlaufend darauf achten zu lassen, ob sich das Bollwerk in ordnungsmäßiger Verfassung befand.

q) GewGer. 8 55 (Charlottenburg): Das Aufstellen von Streikposten verpflichtet zum Schadensersatze, weil die Aufstellenden das Entstehen des Schadens für den Arbeitgeber nicht nur vorausgesehen, sondern beabsichtigt haben. Dies ist ein Eingriff in den Rechtskreis des Beklagten, der sich also als ein widerrechtlicher im Sinne des § 823 darstellt. Vgl. dazu Anm. d. Red. ebenda.

r) LG. Mainz, HessRspr. **4** 5: Eine Krankenkasse macht sich nicht ersatzpflichtig, wenn sie in ihrem Geschäftsberichte Beiträge eines Mitglieds nach erhobener, aber wegen Verjährung abgewiesener Klage unter der Rubrik „wegen Uneinbringlichkeit niedergeschlagene Beiträge" aufführt. Durch diese Mitteilung sind Rechte des Klägers nicht verletzt.

s) α. Bestimmungszweck der Arbeiterversicherung ist der Schutz des Arbeiters gegen wirtschaftliche Gefahren. Deshalb hat der Arbeitgeber, welcher durch Nichterfüllen der ihm obliegenden Leistungen verschuldet, daß dem Arbeiter die

zugesicherten Vorteile versagt werden, diesen in vollem Umfange schadlos zu halten. V. Hilse, R. **02** 318 u. Die Invaliditäts- u. Alters-Vers. **12** 81.

β. Nichtverwendung von Beitragsmarken in die Quittungskarte eines Arbeiters und ebenso eines in der Haushaltung oder in dem Betriebe verwendeten Mündels oder Pfleglings verschafft diesem einen Anspruch auf fortlaufende Zahlung desjenigen Betrags, der ihm als Invalidenrente hätte bewilligt werden müssen, wenn Marken geklebt worden wären, aber wegen unzureichender Verwendung solcher versagt wird. V. Hilse, R. **03** 392.

t) § 823 im Kampfe gegen das Kurpfuschertum. Vgl. Flügge, DJZ. **03** 184ff.; Holz, ebenda 263; Koßmann, ebenda 289.

u) Verhältnis des BGB. zum Gesetze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Vgl. auch zu §§ 823 Abs. 2, 824 und 826. (JDR. **1** zu § 823 Note 9s unter γ.)

α. Schmid, GRschutz 8 107: Schließt man sich der Ansicht an, daß die Worte „oder ein sonstiges Recht" zu den sämtlichen vorhergehenden Worten gehören (s. oben Ziff. 6a), so kommt man zu dem Ergebnisse, daß Handlungen des unlauteren Wettbewerbes einen Schadensersatzanspruch des durch sie Verletzten gemäß § 823 Abs. 1 nur soweit entstehen lassen, als sie ein bestimmtes, durch die Rechtsordnung begründetes subjektives Recht oder aber Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit des Verletzten berühren, nicht aber auch soweit, als sie etwa lediglich der guten Sitte zuwiderlaufen, und dadurch ein sonstiges Lebensgut verletzen, ohne gleichzeitig gesetzlich verboten zu sein. § 823 findet Anwendung bei Verletzung der durch § 8 Wettbew.Ges. geschützten Rechte, ebenso bei rechtswidriger Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Verletzung von Warenzeichenrechten, des Rechtes aus der Urheberschaft an Werken der Literatur, der Tonkunst der Musik, der Rechte aus gewerblichen Erfindungen und Musterschöpfungen.

Handlungen, welche in Widerspruch mit den §§ 1—5 Wettbew.Ges. stehen, würden nach § 823 Abs. 1 nicht zum Schadensersatze verpflichten, weil diese Bestimmungen nur Verbotsgesetze sind, ohne für einzelne subjektive Rechte zu begründen.

β. OLG. Colmar, R. **03** 507: Wer zur Abwehr der Folgen unlauteren Wettbewerbs des Gegners dessen strafgerichtliche, wegen dieses Vergehens erfolgte Verurteilung wahrheitsgetreu in denjenigen Kreisen verbreitet, auf welche dessen unredliche Geschäftsgebahrung zu wirken berechnet war, macht sich ihm nicht schadensersatzpflichtig.

γ. OLG. 7 181 (Stuttgart): § 6 des Wettbew.Ges. ist eine unerlaubte Handlung

II. Abs. 2.

1. a) Oertmann, DJZ. **03** 325 (vgl. JDR. **1** § 823 Abs. 2 (II.) Ziff. 2. [472 f.]): Abs. 2 bezieht sich nicht nur auf die zum Schutze Einzelner oder gewisser Personenklassen, sondern auch auf die zum Schutze der Allgemeinheit als Summe aller Einzelnen erlassenen Gesetze.

b) LG. Leipzig, SächsA. **13** 228: Ein Gesetz, das ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 sein soll, muß notwendigerweise erkennen lassen, gegen welcher Art Angriffe es schützen will. Den Gegensatz zu dem „anderen", den es schützen will, bildet derjenige, an den das in ihm enthaltene Gebot oder Verbot gerichtet ist.

c) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 289: Unter Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 ist jede Rechtsnorm zu verstehen, auch eine städtische Bauordnung, die den Schutz der auf der öffentlichen Straße verkehrenden Menschen betrifft.

d) Schmid, GRschutz 8 108: Unter den im Abs. 2 aufgestellten subjektiven Voraussetzungen verpflichtet eine Handlung als unerlaubt zum Schadensersatze, wenn sie gegen irgendeine zivilrechtliche oder strafrechtliche Gesetzesvorschrift verstößt, die dem Schutz eines subjektiven Rechtes oder aber schutzfähiger Lebensgüter (z. B. Ehre, Gesundheit, Briefgeheimnis, Gewerbebetrieb) zu dienen berufen

ist, so daß § 823 Abs. 2 nur dann versagt, wenn es sich um ein lediglich zum Schutze des Staates als solchen dienendes Gesetz handelt. Vgl. Vorschriften über Hochverrat.

2. **RG.** JW. **03** 126: Den Kausalzusammenhang zwischen der Übertretung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes und dem entstandenen Schaden hat derjenige zu erweisen, der den Schaden geltend macht. Irgendeine Präsumtion bezüglich desselben enthält § 823 Abs. 2 nicht. Vgl. **RG. 52** 126. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 823 Abs. 2 (474).

3. Einzelne Schutzgesetze. Vgl. JDR. **1** zu § 823 Note 5 unter II (474).

a) Lotmar, Arbeitsvertrag 666 Anm. 1: In den Fällen sittlicher oder religiöser Beeinträchtigung eines Dienstverpflichteten durch den Arbeitgeber ist, Vermögensschaden vorausgesetzt, die Klage aus § 823 Abs. 2 anwendbar, da „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" (§ 618 Abs. 2) verstoßen wird. Abw. Detmold, Festschrift für Regelsberger (1901) 325.

b) **RG. 53** 312, JW. **03** Beil. 47: Die Vorschriften, durch welche den im § 832 bezeichneten Personen eine Aufsichtspflicht auferlegt ist, sind nicht als Schutzvorschriften im Sinne des § 823 Abs. 2 aufzufassen.

c) OLG. Dresden, SächsA. **13** 384: Die Ehre ist nicht allein durch § 824, sondern auch durch § 823 Abs. 2 geschützt.

v. Blume, R. **03** 117: Der Schutz der Ehre erfolgt durch § 823 Abs. 2.

d) α. § 154 StGB. — KG., UnlW. **2** 98: Der durch fahrlässige Abgabe eines falschen Gutachtens (welches bei der Entscheidung des Gerichts zugrunde gelegt war) entstandene Schaden kann nach § 823 Abs. 2 von dem Sachverständigen verlangt werden, da der Sachverständige gegen das in den §§ 154, 163 StGB. gegebene Verbot des Falscheids verstoßen hat. Die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Meineid und Falscheid sind aber „den Schutz eines anderen bezweckende Gesetze".

β. § 187 StGB. — Brückner, R. **03** 275: Für die Haftpflicht der Auskunfteien sind nach § 823 Abs. 2 BGB verbunden mit § 187 StGB. zu erfordern:

αα) die Behauptung oder Verbreitung einer Tatsache, nicht einer subjektiven Meinungsäußerung;

ββ) die Unwahrheit dieser Tatsache und die Kenntnis des Beklagten von solcher Unwahrheit — Umstände, welche im Streitfalle der Kläger (Verletzte) zu beweisen hat;

γγ) daß durch die Behauptung usw. ein Vermögensschaden für den Verletzten, namentlich für dessen Erwerb oder Fortkommen, herbeigeführt worden ist.

Eine Haftpflicht der Auskunfteien ergibt sich ferner aus § 823 Abs. 2 verb. mit § 7 WettbewGes., aus § 824 und § 826. — S. im übrigen o. zu § 676 Note 1 zu II.

γ. § 367 Ziff. 12 StGB. — OLG. Stuttgart, R. **03** 154: Eine Verpflichtung, Orte, an denen Menschen verkehren, zu verwahren, besteht nach § 367 Ziff. 12 StGB. nur insofern, als unter normalen Verhältnissen nach dem regelmäßigen Gange der Dinge aus dem Unverwahrtsein eine Gefahr für andere entstehen kann. Die Pflicht zur Verwahrung geht hiernach weiter bei einer an einem Abhang hinführenden Landstraße, die auch bei Nacht und von Ortsfremden benutzt wird, als bei einem Feld- und Fußweg, der nur bei Tag und von Ortskundigen begangen oder befahren zu werden pflegt. Vgl. JDR. **1** auf 475 unter ζ.

d) § 367 Ziff. 14 StGB. — OLG. Frankfurt, R. **03** 551: Die Legung einer Wasserleitung ist als Bau im Sinne dieser Strafvorschrift zu betrachten. Vgl. JDR. **1** auf 475 unter η.

e) α. **RG. 55** 317: Schutzgesetze sind Polizeivorschriften, die für Schiffe ein Passieren in langsamster Fahrt vorschreiben.

β. **RG.** DJZ. **03** 502: Der Unternehmer (Gerüstverleiher) ist persönlich ver-

pflichtet, der Polizeivorschrift als Schutzvorschrift zu genügen. Allerdings kann er die Ausführung der danach gebotenen Maßregeln einem Vertreter übertragen. Aber er muß zu seiner Entlastung nachweisen, daß der von ihm bestellte Vertreter befähigt war, jene Vorschriften zu erfüllen, und ferner, daß er besonders zur Erfüllung der Polizeivorschriften von ihm bestellt war, sei es, daß er nach dieser Richtung ausdrücklich ihm Anweisung erteilt hatte, oder daß er nach Lage der Sache davon ausgehen durfte, daß dieser Vertreter die Polizeivorschriften kenne und sie erfüllen werde. Die einfache Tatsache, daß der Vertreter beim Beklagten als „Polier" tätig war, kann diesen Nachweis nicht ersetzen. Vgl. u. zu § 831 Ziff. 6c.

f) Verhältnis zum Gesetze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Vgl. o. unter I Note 7u auf 500.

α. Schmid, GRschutz 8 109: § 823 Abs. 2 findet auch gegen Handlungen des unlauteren Wettbewerbes Anwendung, soweit solche im Interesse des Publikums oder einzelner Gewerbetreibender gesetzlich verboten sind, z. B. gegen die unlautere Reklame (§§ 1—4 des WettbewGes.), gegen die auf Grund des § 5 a. a. O. erlassenen Vorschriften zum Schutze gegen Quantitätsverschleierungen, gegen Verstöße gegen die §§ 6—10 a. a. O., weiterhin auch gegen den Mißbrauch fremder Warenausstattungen, öffentlicher Wappen- und Ortsbezeichnungen und ausländischer Firmen und Namen (§§ 15—17 des Gesetzes vom 12. Mai 1894).

β. Pinner, Komm. 172: Das UnlWettbewGes. ist ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz. Insbes. § 7. Vgl. JDR. **1** Ziff. 5 b zu § 823 Abs. 2.

Im § 5 dagegen mangelt es an einem Verletzten. Deshalb greift weder § 823 Abs. 1 noch Abs. 2 ein.

g) ab Yberg, Die Streiks und ihre Rechtsfolgen 52: Um aus dieser Vorschrift zum Schadensersatz angehalten werden zu können, ist die Verletzung eines Schutzgesetzes notwendig. Ein Schutzgesetz aber, das das Recht, die Arbeit niederzulegen, verbietet, findet sich in der deutschen Gesetzgebung nicht. Im Gegenteil hebt die Gewerbeordnung im § 152 expressis verbis alle jene Verbote auf, welche ehemals gegen die Arbeitseinstellungen zur Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen erlassen worden sind.

h) § 823 Abs. 2 reicht nicht aus, um das neue Verkehrsmittel der Kraftwagen (Automobile) zu treffen und dem durch diese Beschädigten zur Schadloshaltung zu verhelfen. Deshalb muß die Haftpflicht derselben im Umfange des Art. 42 EGzBGB. auf diese ausgedehnt, auch bei Automobilwettfahrten die Genehmigung zur Inanspruchnahme öffentlicher Straßen von Bestellung einer Sicherheit abhängig gemacht werden. B. Hilse, Gegenwart **61** 37 und „Motorwagen" **5** 8. Vgl. JDR. **1** Ziff. 9 s zu § 823 Abs. 1 (471).

§ 824. 1. Meves, GoltdA. **46** 88: Verhältnis zu § 186 StGB.: Der Tatbestand des § 824 liegt vor, wenn die Behauptung oder Verbreitung der unwahren Tatsache entweder wider besseres Wissen oder aus Fahrlässigkeit bzw. aus Mangel an Pflichterfüllung erfolgt. § 186 StGB. erfordert nur, daß nicht die betreffende Tatsache erweislich wahr ist. Der Tatbestand des strafrechtlichen Delikts ist ein erheblich weiterer als der des zivilrechtlichen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 und 2 zu § 824.

2. Sperl, ÖstAGZ. **02** 152: Der Kläger hat nur die Tatsache der üblen Nachrede und den Kausalzusammenhang mit dem eingetretenen Schaden zu beweisen. Die Wahrheit oder das Nichtwissen müßte der Beklagte beweisen, hingegen wieder das Kennenmüssen der Unwahrheit der Kläger.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 384: Der Kläger muß beweisen, daß die behauptete Tatsache unwahr ist und daß der Täter die Unwahrheit kannte oder kennen mußte.

3. Flügge 86: Der Fall des § 824 kann bei der Ausstellung ärztlicher Atteste vorkommen. Doch wird die Bedeutung für den Arzt durch Abs. 2 wesentlich abgeschwächt. (Beispiel a. a. O. 86/87.)

4. a) SächsA. **13** 72: Erweiterter Abdruck der Entscheidung JW. **02** Beil. 264, JDR. **1** 476 § 824 Ziff. 3b.

b) Verletzung der Ehre vgl. o. § 823 Abs. 1, unter I Note 6c; Abs. 2, II Note 3c.

5. Über Haftung des Auskunftsbureaus s. Sontag o. Ziff. I unter 1 zu § 676, vgl. o. § 823 Ziff. 3d unter β auf 501.

6. Verhältnis zu § 6 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. S. auch o. zu § 823 Note f auf 502.

Pinner, Komm. 172: Weder ist nach BGB. nötig, daß die üble Nachrede zu Zwecken des Wettbewerbes geschieht, noch braucht sie sich auf die einzelnen, im § 6 bezeichneten Gegenstände zu beschränken. Außerdem genügt es auch, wenn die aufgestellte Behauptung geeignet ist, „sonstige Nachteile" für Erwerb und Fortkommen herbeizuführen. Ist so der Kreis der unter § 824 fallenden Delikte größer als der von § 6 betroffenen, so ist diese Bestimmung insofern leichter anzuwenden, als den Beweis der Wahrheit der Beklagte zu führen hat, während nach § 824 Kläger den Beweis der Unwahrheit (**RG. 51** 380, vgl. JDR. **1** Ziff. 5 zu § 824) und ferner den Beweis, daß Beklagter die Unwahrheit kannte oder kennen mußte, zu erbringen hat. Die Schwierigkeit dieses Beweises wird dahin führen, daß, wenn die Handlung sowohl unter § 6 wie § 824 fällt, der Berechtigte die Erhebung des Anspruchs aus § 6 vorziehen wird.

§ 825. Meves, GoltdA. **46** 91: Der § 825 hat an die Normen der §§ 179, 177, 174 Ziff. 1 StGB. nicht gedacht. Dies läßt § 847 Abs. 2 deutlich erkennen, in welchem der Tatbestand des § 825 als ein besonderes Delikt neben den Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit und ihnen gleichwertig behandelt wird.

§ 826. 1. § 826 und § 226.

a) Sperl, ÖstAGZ. **02** 151: Beide Paragraphen decken sich insofern nicht, als § 226 leitende und ausschließliche Absicht der Rechtsausübung voraussetzt, während der viel umgreifendere § 826 schon dann Ersatzpflicht eintreten läßt, wenn auch nur die Nebenabsicht auf Schadenszufügung ging, ja sogar dann, wenn der Täter gar nicht der Schadensstiftung halber, sondern aus anderen Gründen handelt; er weiß sehr wohl, daß er dadurch in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügen werde, dennoch nimmt er die schadenbringende Handlung vor. Doch wohnt in den zwei Paragraphen derselbe Rechtsgedanke, den man, positiv gefaßt, etwa dahin ausdrücken darf: formale Rechte dürfen nur den guten Sitten gemäßausgeübt werden. Der Wunsch, durch Ausübung meines Rechtes jemanden zu schaden, ist kein des Rechtsschutzes würdiges Interesse; daher endet dann, wenn kein anderes Interesse vorhanden ist, auch mein formales Recht.

Oertmann, DJZ. **03** 326 (vgl. oben § 226 Ziff. 2): Der Tatbestand des § 226 ist dem des § 826 gegenüber wesentlich enger. Könnte die Ersatzpflicht aus § 826, wie es Wortlaut und Entstehungsgeschichte nahelegen, auch auf Rechtsausübungshandlungen mitbezogen werden, so möchte dadurch das Anwendungsgebiet des § 226 außerordentlich geschmälert werden, ja selbst inhaltlos erscheinen. Infolgedessen versuchen einige dieser Annahmen dadurch aus dem Wege zu gehen, daß sie die sämtlichen Rechsausübungshandlungen aus dem Bereich des § 826 ausschalten und nur bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 226 für unstatthaft und ersatzpflichtig erklären.

RG. 55 368, JW. **03** Beil. 120: Auch bei formal gesetzlicher Schädigung ist § 826 anwendbar. Vgl. JDR. **1** Ziff. 5a zu § 826.

b) Für den nach § 826 erforderlichen „Vorsatz" ist es nicht notwendig, daß die Absicht des Beklagten darauf gerichtet war, dem Kläger Schaden zuzufügen: es genügt vielmehr, wenn der Täter bei der Vornahme der Handlung das Bewußtsein der Schädigung hat. OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 55; Planck, § 826 Anm. 2a.

2. Oertmann, DJZ. **03** 325 ff.: § 826 bedeutet nach seiner Entstehungsgeschichte, seiner Stellung im System und seinem Inhalt nur eine ergänzende Norm gegenüber der allgemeinen des § 823. Die Verletzungen der hier, Abs. 1, genannten subjektiven Rechte und Rechtsgüter, die Verstöße gegen die „den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetze" im Sinne des Abs. 2 werden bereits bei bloßer Fahrlässigkeit unter Ersatzpflicht gestellt, weder eine Sittenwidrigkeit des Tuns, noch eine vorsätzliche Verletzung der fremden Rechte oder Interessen stellt § 823 als Erfordernis der Haftung auf. Soweit daher sein Anwendungsgebiet reicht, muß er den § 826 zurückdrängen. Rechtswidrige Handlungen, die nicht unter § 823 Abs. 1 und 2 fallen, können dem § 826 unterstellt werden; z. B. ist dies der Fall bei Verletzung von Forderungsrechten (vgl. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 6f).

3. Die guten Sitten. — Vgl. JDR. **1** zu § 826 Note 3.

a) **RG. 55** 372, JW. **03** Beil. 120: Als Maßstab dafür, was gute Sitte ist, hat die Auffassung zu gelten, welche im sittlichen Volksbewußtsein begründet ist und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht. Wie eine niedrige Denk- und Handlungsweise, selbst wenn sie in einzelnen Volksschichten die herrschende sein sollte, immer Unsitte bleibt und nicht gute Sitte wird ebensowenig kann die vornehme Gesinnung, durch die sich gewisse Kreise oder Personen auszeichnen, für die Begriffsbestimmung der guten Sitten im Rechtssinne den Maßstab bilden. Zwischen der Handlungsweise eines vornehmen Käufers und derjenigen eines Käufers, der im Geschäftsverkehre den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstandes genügt, liegt ein Spielraum, der in den Grenzen der guten Sitten sich bewegt.

b) Meves, GoltdA. **46** 82ff.: Der Inhalt des Ausdrucks „Verstoß gegen die guten Sitten" läßt sich in eine bestimmte, klare Formel nicht fassen; es können nur die ungefähren Grenzen angegeben werden, innerhalb welcher er sich bewegt. Und diese Grenzen sind auf der einen Seite Moralität und Anstand, auf der anderen das Gesetz. Es verstößt gegen die guten Sitten alles, was Moralität oder Anstand, und was das Gesetz verletzt. Daß unter diesen Handlungen die gesetzlich strafbaren Handlungen nicht mitbegriffen sind, folgt aus dem Umstande, daß sie zu den an sich nicht erlaubten nicht gehören.

c) OLG. **7** 184 (Dresden): Motive allein, auch wenn sie unsittlicher Art sind, machen eine Handlung nicht zu einer gegen die guten Sitten verstoßenden; die objektiven Umstände, unter denen die Handlung vorgenommen wird, müssen so beschaffen sein, daß sie in Verbindung mit den Motiven gegen die guten Sitten verstoßen.

d) Oertmann, DJZ. **03** 327: Die sittenwidrigen Akte im Sinne des § 826 werden nicht ohne weiteres auch zu rechtswidrigen.

4. **RG.** DJZ. **03** 105: Jede Vermögensminderung, auch das Abschneiden einer Bezugsquelle, ist als Schaden im Sinne von § 826 aufzufassen.

5. Klage auf Unterlassung. Vgl. JDR. **1** Ziff. 10 vor § 823, o. Ziff. 11 vor § 823. Klage auf Unterlassung der sittenwidrigen Handlung ist zulässig. **RG.** JW. **03** Beil. 11. Ebenso **RG.** UnlW. **2** 50: Eine Unterlassungsklage aus § 826 ist zulässig. Vgl. **RG. 48** 114ff. Ferner **RG.** R. **03** 42: Der § 826 gewährt auch die Klage auf Unterlassung. Vgl. **RG. 48** 114ff.

Klage auf Unterlassung OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** 166 wie **RG. 48** 114 ff.

Klage auf Unterlassung aus § 826. OLG. **7** 184 (Dresden), 381 (Hamburg).

6. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe. Vgl. JDR. **1** zu § 826 Note 4.

RG. 54 255, JW. **03** Beil. 69, DJZ. **03** 249, Gruchots Beitr. **47** 837: Arbeiterentlassungen zu dem Zwecke, dadurch auf die Beendigung des bei einem anderen Arbeitgeber ausgebrochenen Arbeiterausstandes hinzuwirken, verstoßen mit Rücksicht auf § 152 GewO. nicht gegen die guten Sitten. Ein Ausfluß des anerkannten Rechtes der Koalition ist es vielmehr auch, wenn Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ohne unmittelbares eigenes Interesse in einen Kampf, der zwischen anderen Arbeitgebern und Arbeitnehmern entstanden ist, zur Unterstützung der einen oder anderen streitenden Partei eingreifen.

7. Verhältnis zum Wettbewerbsgesetze. Vgl. auch o. I zu § 823 Abs. 1 Ziff. 7u; Abs. 2 (II) Ziff. 3 f., § 824 Ziff. 6; JDR. **1** Ziff. 5 zu § 826.

a) Pinner, KommzUnlWG. 169 ff.: Im allgemeinen ist es wesentlich Sache der Praxis, zu entscheiden, in welchem Umfange die Bestimmungen des BGB. auf das Gebiet des unlauteren Wettbewerbes Anwendung finden. § 826 ist clausula generalis für den unlauteren Wettbewerb.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** 166. Vgl. JDR. **1** Ziff. 5 zu § 826.

Schmid, GRschutz **8** 109: § 826 ist ganz allgemein auf das Wettbew.Ges. anwendbar, soweit die Handlung auf Schädigung des Verletzten gerichtet ist und ihn auch tatsächlich schädigt. Vgl. KG., KGBl. **03** 84.

Oertmann DJZ. **03** 325. Trotz Fortgeltens des Gesetzes betr. den unlauteren Wettbewerb greift die Ersatzpflicht des § 826 daneben ein, soweit sie über jenes hinausgeht.

b) Wassermann, UnlW. **2** 48 hält die vom **RG. 48** 114 ff. getroffene Entscheidung für durchaus zutreffend zur Ergänzung der Vorschriften des WettbewGes. — Marcus, DJZ. **03** 172: Die nach § 826 gegebene Unterlassungsklage ist mit Bezug auf das WettbewGes. nicht statthaft, wenn die Handlung des Beklagten (kreditgefährdende Erklärung) vor der Klagerhebung rückgängig gemacht war.

c) Cohen, UnlW. **2** 61: Das Feilbieten von Waren unter den von dem Fabrikanten für den Detailhandel festgesetzten Preisen (Schleudern) gibt dem Fabrikanten ein Recht zur Klage auf Schadensersatz und Unterlassung.

d) de lege ferenda Fuld DJZ. **03** 357 ff., vgl. auch Poeschl, Die Praxis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, Berlin 1903.

8. Verhältnis des § 826 zum Urheberrechtsgesetz.

a) Oertmann DJZ. **03** 325. §§ 16 ff. Urheberrechtsgesetz. Da die Ersatzpflicht der gegen die guten Sitten verstoßenden Schädigungshandlungen sich nicht auf ihre Rechtswidrigkeit gründet, kann § 826 auch auf die unverbotenen Nachdruckhandlungen des Urhebergesetzes Anwendung finden.

b) Fuld, Gruchots Beitr. **47** 363 ff., 371 ff. § 826 kann auch in den Fällen eingreifen, in denen nach § 18 Abs. 3 a. a. O. ein Abdruck gestattet ist. Der Abdruck ohne Quellenangabe verstößt gegen die guten Sitten. Es bedarf noch des Nachweises der vorsätzlichen Schadenszufügung. Es ist aber neben der Schadensersatzklage auch die Unterlassungsklage gegeben. Diese setzt nicht ein schuldhaftes Verhalten, sondern nur einen Zustand objektiver Rechtswidrigkeit voraus, bzw. die gerechtfertigte Besorgnis der Fortsetzung der Rechtswidrigkeit und des Eingriffs in das geschützte Recht; es würde daher dem Verleger wegen des Abdrucks der vermischten Nachrichten und Tagesneuigkeiten in den Fällen, in denen er die Schadensersatzklage mit Rücksicht auf das Moment der vorsätzlichen Schadenstiftung nicht erfolgreich durchführen kann, vielfach die Geltendmachung der Unterlassungsklage möglich sein.

9. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. 1 zu § 826 Ziff. 7.

a) **RG.** R. **03** 576: Ein Kaufmann, dessen Unterschrift auf Wechseln gefälscht ist, wird nicht hierdurch allein verpflichtet, Schritte dagegen zu unternehmen, sobald er von der Fälschung erfährt. Insbesondere kann er zu einer Benachrichtigung dritter Personen nicht verbunden sein, wenn er nicht weiß, an wen die gefälschten Wechsel gelangt sind. Aber auch selbst wenn er erfährt, wer damit betrogen ist, kann er nicht unter allen Umständen für verpflichtet erachtet werden, dem Betrogenen Nachricht zu geben. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an. Liegt die Sache so, daß der Betrogene durch die Annahme eines gefälschten Wechsels einen Schaden erlitt, und könnte von demjenigen, dessen Unterschrift gefälscht wurde, nach den im Verkehr herrschenden Grundsätzen billigerweise erwartet werden, daß er den ersteren vor der Annahme des Wechsels in Kenntnis setzte, so muß er demselben für den Schaden aufkommen.

b) **RG.** JW. **03** Beil. 35: Schadenszufügung durch Handeln gegen die guten Sitten (gegen die Grundsätze eines ehrbaren Kaufmanns und die Gepflogenheiten des redlichen Verkehrs) liegt vor, wenn jemand das von einem anderen zur Einlösung von Wechseln erhaltene Geld nicht hierzu, sondern in eigenem Vorteil verwendet.

c) Da nach einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. 1. 03 in DJZ. **03** 153 schon die außergerichtliche Geltendmachung des Differenzeinwandes die kaufmännische Ehre schädigt, so handelt, wer sich die Geltendmachung von vornherein vornimmt und diesen Entschluß ausführt, „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise". Heilborn, DJZ. **03** 499. Vgl. im übrigen o. zu § 626 Note 6 b β unter εε (362).

d) **RG. 55** 368, JW. **03** Beil. 120: Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Käufer auf Erfüllung eines Kaufgeschäfts besteht, obgleich er zu einer Zeit, als er noch ohne Schaden in dessen Aufhebung einwilligen konnte, von einem Rechenfehler in der Preiskalkulation des Verkäufers Kenntnis erlangt hat. Über Irrtum bei einer Preiskalkulation vgl. JDR. **1** Ziff. 18 zu § 119 und o. Ziff. IV 1 c zu § 119.

e) **RG.** JW. **03** Beil. 11: Eine wider die guten Sitten verstoßende und einen Schadensersatz begründende Handlung liegt vor, wenn jemand Waren eines Konkurrenten in sein Schaufenster stellt, um die Kunden seines Konkurrenten anzulocken, wenn er aber die Kunden, die jene Ware zu kaufen beabsichtigen, verleitet, einen anderen Konkurrenzartikel zu kaufen.

f) BayrObLG., R. **03** 17: Ein Erblasser braucht auf die Interessen des Vertragserben nicht Rücksicht zu nehmen, darf aber deren Recht nicht böswillig vereiteln. Wer als Dritter an der Benachteiligungsabsicht teilnimmt, verstößt gegen die guten Sitten und wird ersatzpflichtig.

g) OLG. Posen, PosMschr. **03** 55: Das Mieten bereits anderweitig vermieteter Instleute in Kenntnis des Mietverhältnisses verstößt gegen die guten Sitten und begründet eine Schadensersatzpflicht.

h) OLG. 7 184 (Dresden): Eine unter § 826 fallende Handlung liegt vor, wenn jemand sich „seitheriger Betriebsführer des X." nennt und Angaben macht, welche im Publikum den Anschein erwecken sollen, daß die beklagte Firma an die Stelle der Klägerin getreten ist.

i) **RG.** DJZ. **03** 128: Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt nicht vor, wenn jemand fremde, nicht geschützte Warenzeichen für sich eintragen läßt und diese verwendet. Vgl. OLG. Breslau, R. **03** 361.

k) Alexander-Katz, GRschutz 8 134: Wenn ein Bauherr das ihm gelieferte architektonische Projekt einer Baufirma zur Abgabe einer Offerte ohne Erlaubnis des Urhebers mitteilt und diese jetzt die Offerte abgibt, welche von dem

Bauherrn angenommen wird, um so die Kosten für den Architekten zu sparen, so liegt hier ein Verstoß gegen die gute Sitte und den Anstand vor.

l) **RG.** JW. **03** Beil. 40: Ein Ärzteverein handelt nicht wider die guten Sitten, wenn er seine Mitglieder verpflichtet, im Interesse des ärztlichen Standes gegenüber einer Innungskasse ihre Dienstleistungen nicht unter einem bestimmten Mindestsatze zu bewerten. Ein Mitglied, welches gegen diesen Beschluß gefehlt hat und aus dem Verein ausgeschlossen ist, kann nicht aus § 826 Ansprüche gegen den Verein herleiten.

m) **RG.** JW. **03** Beil. 142: Die vorsätzliche Schädigung hat zur Voraussetzung, daß der Täter sich bei Vornahme seiner Handlung der Schädigung des andern bewußt ist. Wer einem anderen wissentlich eine falsche Auskunft erteilt, sich aber nicht bewußt ist, daß die erteilte Auskunft an einen Dritten mitgeteilt wird, haftet nicht für den dem Dritten entstandenen Schaden.

RG. Gruchots Beitr. **47** 105, SächsA. **13** 209 sind ein Abdruck der JDR. **1** Ziff. 7 f. zu § 826 mitgeteilten Entscheidung JW. **02** Beil. 276.

n) **RG. 53** 171 ff., JW. **03** Beil. 24: Eine gegen die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schadenszufügung liegt vor, wenn jemand eine politische Zeitung unter bestimmtem Namen zum Postvertrieb anmeldet, ohne Absicht die Zeitung zu verbreiten, sondern nur in der Absicht, dem politischen Gegner den Gebrauch dieses Zeitungsnamens, an dem er aus vermögensrechtlichen Gründen ein besonderes Interesse hat, tatsächlich unmöglich zu machen, weil die Post nicht gleichzeitig mehrere am selben Orte erscheinende Zeitschriften gleichen Namens zum Postvertriebe zuläßt.

o) Der Arbeitgeber haftet dem bereicherten Arbeiter sowohl unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes nach § 823 Abs. 1 u. § 826, wie auch unter dem der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 817. Sigel, Gewerbl. Arbeitsvertrag 48.

§ 827. 1. Brunswig, Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken 144 — vgl. oben zu § 104 —: a) Zwischen der Entmündigung und der Deliktsfähigkeit besteht nicht der geringste Zusammenhang, und die Entmündigung hat auf die letztere nicht den geringsten Einfluß; auch bei dem entmündigten Geisteskranken ist stets zu untersuchen, ob auch die Deliktsfähigkeit aufgehoben ist.

145: Die Zustände des Bewußtseins stehen im § 827 im Gegensatze zu den „krankhaften" Störungen der Geistestätigkeit; es sind Schwankungen, denen auch das Seelenleben des gesunden Menschen unterworfen ist.

b) Schultze in Hoche, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie 374 ff. Der Entmündigte ist nicht eo ipso als deliktsunfähig anzusehen. Die Entmündigung hat nur insofern eine Bedeutung, als sie einen tatsächlichen Anhalt giebt für die Berechtigung der Vermutung, daß eine Psychose vorliegt, und dieser Verdacht dürfte von vornherein dann besonders gerechtfertigt sein, wenn es sich um eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit handelt.

2. Satz 2. a) Es scheiden aus die unerlaubten Handlungen, die nur als vorsätzlich begangen zum Schadensersatze verpflichten. Dagegen wird man, um dem § 827 Satz 2 nicht eine ungebührliche Ausdehnung zu geben, überall da, wo das Gesetz nicht ausdrücklich Vorsatz verlangt, den Täter für eine im Rausche usw. begangene Handlung auch dann verantwortlich machen müssen, wenn sich aus anderen Merkmalen ergibt, daß der voll zurechnungsfähige Mensch die Handlung nur vorsätzlich begehen kann. Brunswig a. a. O.

b) Der Sachverständige darf sich nicht begnügen, zu behaupten, es liege ein krankhafter Trieb zum Trinken, eine hochgradige Intoleranz vor, sondern es muß außerdem noch für jeden Fall die Ursache, die Krankheitsform nachgewiesen werden, worauf die fraglichen Eigenschaften des Beschuldigten zurückgeführt werden können. Schultze a. a. O.

§ 828. 1. Begriff der erforderlichen Einsicht. DJZ. **03** 127, vgl. dazu die JDR. **1** zu § 828 abgedruckte Entscheidung **RG. 53** 157.

2. **RG.** JW. **03** Beil. 122: Die Normen des § 828 sind im Falle des § 254 entsprechend anzuwenden.

3. **RG.** JW. **03** Beil. 101 (vgl. o. zu § 276 Note 7d zu α): Die im § 828 Abs. 2 und § 276 aufgestellte Regel muß entsprechende Anwendung finden, wenn für den einer solchen Person erwachsenen Schaden an sich ein anderer aufzukommen hat, für den Schaden aber das eigene Verhalten des Verletzten mit kausal geworden ist, und in Frage kommt, ob in diesem Verhalten ein Verschulden zu finden sei. Es muß daher in solchem Falle nach der Individualität des verletzten Minderjährigen geprüft werden, ob er bei seinem Verhalten soviel Einsicht besessen hat, daß ihm seine Handlungsweise zum subjektiven Verschulden anzurechnen ist. Diese Regel muß auch gelten, wenn ein Minderjähriger des bezeichneten Alters bei dem Betrieb einer Eisenbahn körperlich verletzt worden ist und in Frage kommt, ob der Unfall durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht ist.

§ 829. 1. Sperl, ÖstAGZ. **02** 153: Man könnte den Grundsatz, daß der Richter vom Gesetz angewiesen werden soll, gewisse Zufallsschäden jenen beteiligten Personen aufzuerlegen, welche sie wirtschaftlich leichter tragen können, das Prinzip des kleinsten Schadens nennen, denn der Schaden wird um so viel kleiner, um so viel größer die Kraft des schadensbelasteten Individuums ist.

2. **RG.** JW. **03** Beil. 122: § 829 enthält nicht ein allgemeines „Prinzip", welches sich auf den § 254 entsprechend anwenden ließe, sondern eine besondere Vorschrift für genau bestimmte Fälle. Sie bezieht sich nur auf die Ersatzpflicht der nach §§ 827 und 828 nicht verantwortlichen Personen wegen eines von ihnen einem Dritten zugefügten Schadens. In Abweichung von dem sonst festgehaltenen Verschuldungsprinzip ist aus Billigkeitsrücksichten ein Ersatzanspruch in bestimmten Grenzen gewährt worden. Bei dem singulären Charakter der Vorschrift erscheint eine analoge Anwendung auf weitere Fälle nicht zulässig; keinenfalls ist eine solche angängig hinsichtlich des § 254. Es wäre auch gar nicht abzusehen, in welcher Weise sich die im § 829 vorgesehenen Maßgaben und Einschränkungen der Schadensersatzleistung auf die Fälle des § 254 übertragen oder mit den Vorschriften des letzteren kombinieren ließen. Notwendig hätte eine dahin abzielende Bestimmung ausdrücklich getroffen werden müssen, und im § 254 ist ebensowenig wie in dem die §§ 827, 828 anführenden § 276 auf den § 829 hingewiesen. Vgl. o. zu § 254 Note 6b u. JDR. **1** zu § 829 a. E. —

3. Dittenberger 82ff.: Verhältnis des § 829 zu § 828 Abs. 1. Der Handlung des Kindes entspringen qualitativ dieselben Rechtsfolgen, wie den gleichartigen Handlungen anderer Menschen. Für solche Fälle hebt § 829 die Sondervorschrift des § 828 Abs. 1 auf, und das Kind haftet aus seiner unerlaubten Handlung nach den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen. § 829 steht auf dem Boden des allgemeinen gültigen Prinzips der unerlaubten Handlung, indem er aus dem objektiv rechtswidrigen Eingriff in die Sphäre fremder Rechtsgüter, aus der Veranlassung einer Beschädigung auch dem Kinde eine Ersatzpflicht erwachsen läßt. Der § 828 Abs. 1 dagegen durchbricht dieses Prinzip, um dem Kinde den ihm mit Rücksicht auf seine allgemeine Schwäche gebührenden Schutz zuteil werden zu lassen. Auch im § 829 kommt dieser Schutzgedanke zum Ausdruck in der dort gegebenen Möglichkeit einer billigen Beschränkung der dem Kinde aus seiner Handlung erwachsenden Verpflichtungen. Die praktische Bedeutung liegt darin, daß dem Richter die Abwägung der gegenüberstehenden Interessen des Verletzten oder des jugendlichen Täters zur Aufgabe gemacht wird.

§ 830. 1. a) Dittenberger 85: Teilnahme an der unerlaubten Handlung eines Kindes ist ebenso möglich wie nach der Ansicht des **RG.** (Straff.) **6** 187, Teilnahme an dem Verbrechen eines Strafunmündigen.

b) Schultze bei Hoche a. a. O. 382. (s. o. zu § 827.) Die Annahme der Mittäterschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter wegen seiner Psychose oder wegen seines Alters nicht verantwortlich ist. Das BGB. bestimmt nur, daß in diesem oder jenem Falle der Täter nicht verantwortlich ist. Es leugnet mithin nicht die Existenz der unerlaubten Handlung, verleiht ihr vielmehr nur keine rechtlichen Folgen. Anders im Strafgesetzbuche. Da nach § 51 keine strafbare Handlung vorhanden ist, kann der geisteskranke Täter auch kein Mittäter sein.

2. OLG. Köln, R. **03** 292: Die Schadensersatzpflicht mehrerer im Sinne des § 830 Satz 2 setzt voraus, a) daß von mehreren gemeinschaftlich Handelnden einer den Schaden verursacht hat, b) daß der Schaden möglicherweise von einem jeden der mehreren verursacht ist, c) daß in der Person eines jeden der Handelnden, wenn er der Schuldige ist, auch Verschuldung vorliegt; der Kausalzusammenhang mit der Handlung des einzelnen von den mehreren kann zweifelhaft sein.]

3. B. Hilse, GRschutz **8** 257 behandelt die bürgerlich-rechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit der Inhaber von literarischen Bureaus, welche gegen Bezahlung in anderen Zeitschriften erschienene Beiträge wissenschaftlichen Inhalts ohne Zustimmung des Verfassers an Herausgeber von Zeitschriften liefern und damit letztere zu deren Nachdruck verleiten. Er findet darin die Merkmale einer Anstiftung zu einem Nachdruck im Sinne der §§ 18, 38 des G. v. 19. Juni 1901, welche einen Anspruch auf Entschädigung aus dessen § 36 mit §§ 823, 830 begründet.

§ 831. 1. Inhalt, Maß der Pflicht. — Vgl. JDR. **1** zu § 831 Note 4.

RG. 53 53, JW. **03** Beil. 9; vgl. oben Ziff. 7 c α zu § 823 Abs. 1: Eine Pflicht, die Ausführung der Verrichtung zu leiten, ist selbstverständlich nicht in allen Fällen für denjenigen gegeben, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt. Das Gesetz verlangt daher den Entlastungsbeweis nach der Richtung, daß der Geschäftsherr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt auch bei Leitung der Ausführung der Verrichtung beobachtet habe, nur bei solchen Verrichtungen, die unter Leitung des Geschäftsherrn vorgenommen zu werden pflegen. Eine Beaufsichtigung des Angestellten wird in § 831 in keiner Weise gefordert; es wird neben einer diligentia in eligendo nicht auch ein solche in custodiendo statuiert. Wenn der Geschäftsherr den Beweis führt, daß er bei der Auswahl die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, tritt die Haftpflicht nicht ein. Wenn auch zugegeben werden kann, daß in der Verpflichtung zu einer sorgfältigen Auswahl auch die Verpflichtung enthalten ist, fortgesetzt zu erwägen, ob der zu dauernden Verrichtungen in früherer Zeit Bestellte auch gegenwärtig nach seinen physischen und geistigen Kräften zu den Verrichtungen befähigt ist, daß daher der Geschäftsherr unter Umständen auch nach § 831 zu beweisen hat, daß jener die Befähigung auch zur Zeit der Schadenszufügung noch hatte, so kann doch in der Verpflichtung zu sorgfältiger Auswahl nicht auch die Verpflichtung zu einer Beaufsichtigung gefunden werden.

RG. 53 125, JW. **03** Beil. 17, DJZ. **03** 105: Es handelt sich bei der im § 831 erwähnten Leitung nicht allgemein nur um die Leitung des Geschäfts- oder Gewerbebetriebs im ganzen, vielmehr um diejenige der Ausführung einer konkreten Verrichtung, und nur „sofern" der Geschäftsherr solche Ausführung zu leiten hat, liegt ihm der Nachweis ob, daß er hierbei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Nach Lage des Einzelfalls bestimmt sich, ob und inwieweit der Geschäftsherr durch persönliche Tätigkeit die Leitung auszuüben hat. Liegt der Fall so, daß die betreffende Verrichtung dem Angestellten zu selb-

ständiger Ausführung anvertraut ist und nach der Auswahl dieser Person auch anvertraut werden durfte, so kann von dem Geschäftsherrn nicht verlangt werden, daß er die Ausführung persönlich überwacht.

2. Personenkreis. — Vgl. IDR. 1 zu § 381 Ziff. 3, 5, 6.

a) **RG. 53** 281, IW. **03** Beil. 39, DIZ. **03** 223: Diejenigen Beamten und Angestellten einer Korporation, die nicht durch die Satzung oder die organisatorische Verwaltungsbestimmungen zu ihrer Tätigkeit berufen sind, sondern ihren dienstlichen Auftrag wiederum auf diese berufenen Personen zurückführen, sind nicht Vertreter der Körperschaft und des Staates nach § 31; sie sind zu Verrichtungen im Sinne des § 831 bestellt, mögen diese Verrichtungen im übrigen mehr, oder weniger, oder gar nicht selbständig sein, mögen sie den Charakter rechtgeschäftlicher Vertretung tragen, oder nicht, und mögen sie aus einzelnen, oder einer Mehrheit von Verrichtungen, zeitlich vorübergehenden oder dauernden, bestehen. Vgl. **RG. 55** 176, IW. **03** Beil. 92, IW. **03** Beil. 117, IW. **03** Beil. 133.

RG. 55 171ff., 176, IW. **03** Beil. 109: Soll eine juristische Person als Geschäftsherrin gelten, so muß der im Sinne von § 831 zu einer Verrichtung Bestellte von einem hierfür zuständigen Beamten der juristischen Person bestellt sein. Der Bestellte muß den Auftrag zu der einzelnen Verrichtung nicht unmittelbar von einem Vertretungsorgan der juristischen Person erhalten haben. Die Bestellung kann in der Anstellung des Beamten, der Auftrag zu der Verrichtung in einer allgemeinen Dienstvorschrift begründet sein.

RG. IW. **03** Beil. 118: Beamte, die nicht verfassungsmäßig berufen, sondern nur von dem Vorstande der Korporation oder einem anderen Vertreter derselben angestellt sind, machen die Gemeinde nur nach § 831 verbindlich, auch wenn sie selbständig zu handeln haben und durch ihr Amt ermächtigt sind, Rechtsgeschäfte für die Korporation abzuschließen. Vgl. IDR. 1 zu § 831 Note 6.

b) IW. **03** Beil. 117: Ein Stationsvorsteher gehört zu den nach § 831 angestellten Personen, er ist nicht Vertreter.

RG. 53 281, IW. **03** Beil. 39, DIZ. **03** 223: Der Bahnmeister ist eine vom Eisenbahnfiskus gemäß § 831 angestellte Person. Ebenso **RG. 55** 230.

3. **RG.** IW. **03** Beil. 12: Die Ersatzpflicht des Geschäftsherrn im Falle des § 831 tritt ein, auch wenn den Angestellten kein Verschulden trifft; es genügt, daß der Schaden widerrechtlich herbeigeführt ist. Vgl. IDR. 1 Ziff. 5 zu § 832.

4. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 207/208: Der § 831 statuiert eine außerkontraktliche Haftung auf Grund des culpa-Gesichtspunkts; dies tritt markant in dem dem Besteller in Satz 2 nachgelassenen ex-culpa-tionsbeweis zutage. Der § 831 kann deshalb nicht etwa für die Frage herangezogen werden, ob der Auftraggeber für einen den Mandatar zufällig treffenden Schaden haften muß; beim Mandat bleibt der culpa-Gesichtspunkt ganz außer Betracht. Auch — im Falle der Bejahung dieser Frage — ist der § 831 für die Grenzziehung untauglich; nie könnte der Mandant etwa für alle Schäden haften, die der Beauftragte „aus Anlaß" des Mandats erleidet. Vgl. über die Frage selbst oben zu § 670 Note 3b und zu § 683 Note 2.

5. Einzelne Fälle.

a) OLG. Stuttgart, DIZ. **03** 35: Bei Übertragung schwieriger, komplizierter, verantwortungsvoller Verrichtungen wird ein positiver Nachweis zu verlangen sein, daß die bestellte Person die ausreichende fachmännische und individuelle Befähigung zu solchen Arbeiten besitzt; handelt es sich aber um ganz einfache Verrichtungen, so kann das Gericht nach seiner freien Überzeugung den Beweis, daß den Geschäftsherrn keine Schuld in der Auswahl trifft, ohne weiteres als geführt ansehen, wenn der betreffende Arbeiter nach seinem Berufe für die

fragliche Aufgabe geeignet erscheint, wenn sie überhaupt keine Fachkenntnisse oder technische Geschicklichkeit verlangt und der betreffende Beauftragte ihr nach Alter und Geschlecht gewachsen ist, auch keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß besondere Gründe (Trunksucht, Leichtsinn usw.) bestanden, die den Geschäftsherrn hätten abhalten sollen, dem Betreffenden die Verrichtung zu übertragen.

b) OLG. Kolmar, R. **03** 551: Bei der Bestellung eines Motorwagenführers durch den Geschäftsherrn besteht die von diesem bei der Auswahl des Führers, zur Vermeidung der Haftung für ihn zu beobachtende Sorgfalt nicht bloß in der Ermittelung darüber, daß er die technische Befähigung zur Führung eines solchen Wagens besitzt, sondern auch in der Vergewisserung über seine Kenntnis, die einschlägigen polizeilichen Vorschriften, über seine allgemeine Zuverlässigkeit und Vorsicht.

c) OLG. Dresden, SächsA. **13** 221: Kläger war auf dem mit Granitplatten bedeckten Fußboden eines Gerichtsgebäudes ausgeglitten und hatte sich verletzt. Die Klage ist nach § 831 Abs. 1 Satz 2 abgewiesen. Es heißt dann in den Gründen: Wenn die mit der Zeit hervortretende ungewöhnliche Glätte der Platten besondere Vorkehrungen nötig machte, wie z. B. das Aufhacken der Platten, Ersetzen derselben durch frische, oder Legen von Matten, so entspricht es der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, wenn damit gewartet wurde, bis Unzuträglichkeiten, die in dieser Hinsicht auftreten, von dem mit der Aufsicht über das Gebäude beauftragten Beamten einer zur Vertretung des Beklagten (Fiskus) in Angelegenheiten der in Rede stehenden Art berufenen Person zur Meldung gebracht wurden.

d) Ein Posthalter, der mit der Postverwaltung einen sogenannten Fuhrleistungsvertrag abgeschlossen hat, demzufolge er sich verpflichtet, die Postverbindungsfahrten auf eigene Rechnung zu unterhalten und Reisende zu befördern, haftet den Reisenden für ein Verschulden des Postillons nur dann, wenn er bei Auswahl des Postillons nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hat. OLG. Stuttgart, R. **03** 79, 80.

e) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 948: Für einen Schaden, der dadurch verursacht ist, daß ein Pferd lediglich dem Willen des Kutschers gehorcht hat, haftet der Eigentümer des Geschirrs nicht, wenn er bei der Auswahl des Kutschers die nötige Sorgfalt beobachtet hat. Vgl. auch unten zu § 833 Ziff. 7 u. 9 b.

6. Besonderes zum Abs. 2.

a) OLG. Augsburg, R. **03** 17: Die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 Abs. 2 ist dann ausgeschlossen, wenn der Geschäftsherr beweist, daß er seinerseits durch die Übertragung des Geschäfts auf eine Mittelsperson nicht widerrechtlich gehandelt und daß er bei Auswahl dieser Mittelsperson die im Verkehr übliche Sorgfalt beobachtet hat.

Sofern es sich nicht um Verrichtungen handelt, die der Geschäftsherr zu leiten hat, hat der Geschäftsherr bei Übertragung der Verrichtungen an einen anderen nur diligentia in eligendo, nicht in custodiendo zu leisten; zu ersterer gehört freilich auch die fortgesetzte Erwägung, ob der Bestellte zur Ausführung der Verrichtungen nach seinen physischen und geistigen Kräften auch befähigt bleibt.

OLG. Augsburg, R. **03** 17: Die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 Abs. 2 ist dann ausgeschlossen, wenn der Geschäftsherr beweist, daß er seinerseits durch die Übertragung des Geschäfts auf eine Mittelsperson nicht widerrechtlich gehandelt und daß er bei Auswahl dieser Mittelsperson die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

b) OLG. Stuttgart, DJZ. **03** 131: Entgegen der Ausführung in **RG. 19** Nr. 20 ist mit der in der Literatur vorwiegend vertretenen Ansicht davon auszugehen, daß der § 831 auf die Haftung der Post für unerlaubte Handlungen

von Postbediensteten nicht anwendbar ist. Die Haftung der Post wird durch das Postgesetz geregelt. **JDR. 1** Ziff. 3 b zu § 831.

RG. 55 335, **JW. 03** Beil. 123: Da der Eisenbahnunternehmer eine Vertragspflicht verletzt, wenn er den Reisenden nicht einen Ausgang gewährt, den sie ungefährdet passieren können, so haftet er nach § 278; die Berufung auf § 831 Abs. 1 Satz 2 ist ihm versagt. Vgl. oben zu § 278 Note 9 e zu β.

c) **RG. DJZ. 03** 503: Daß der Beklagte den Vertreter bei einer Gerüstabnahme zum „Polier" bestellt hat, beweist weder, daß dieser die nötige Erfahrung, Sachkunde und Fähigkeit, noch daß er die nötige Zuverlässigkeit besitze. Diese Tatsachen muß der Unternehmer behaupten und beweisen.

7. Lotmar, Arbeitsvertrag 279 Anm. 3: Für einen anderen besorgen ihnen übertragene Geschäfte z. B. Regisseur usw., nicht dagegen der Bühnenkünstler gegenüber dem Theaterdirektor, der Theaterdirektor gegenüber dem Zuschauer, der Arzt gegenüber dem Patienten.

§ 832. 1. a) **RG. 52** 69 ff.: Die Fassung des Gesetzes: „Wer kraft des Gesetzes — der Beaufsichtigung bedarf" enthält nicht bloß die Norm, daß der Minderjährige als ein zur Verhütung von Beschädigungen Dritter zu Beaufsichtigender zu erachten ist, sondern auch den Grund der Norm, „weil er der Beaufsichtigung bedarf". Für die Norm selbst erscheint somit hinsichtlich des Minderjährigen der Beisatz „die der Beaufsichtigung bedarf" überflüssig. Diesem Beisatze darf somit nicht die Deutung gegeben werden, das Gesetz unterscheide zwischen Minderjährigen, die der Beaufsichtigung bedürfen, und solchen, die ihrer nicht bedürfen. Es kann daher aus ihm auch nicht die Folgerung gezogen werden, die Inanspruchnahme des Aufsichtspflichtigen sei zunächst von dem Nachweise bedingt, daß der zu beaufsichtigende Minderjährige zu der Kategorie von Minderjährigen gehöre, die der Aufsicht bedürfen. Dem Gesetz ist diese Unterscheidung fremd. Aufsichtsrecht und Aufsichtspflicht über den Minderjährigen bestehen wegen seines Zustandes, weil er eben minderjährig ist. Art und Maß der Aufsicht gestaltet sich selbstverständlich in hohem Grade verschieden, je nach dem Alter, den Anlagen und Eigenschaften, der Entwickelung und Ausbildung, kurz nach der Individualität des Minderjährigen. Der Umstand, daß der Minderjährige auch aus anderen Gründen, wie bei einem Lehrverhältnis, unter Aufsicht steht, ändert daran nichts, daß er schon wegen seiner Minderjährigkeit als Aufsichtsbedürftiger im Sinne des § 832 zu erachten ist. Das BGB. erschöpft nicht die Fälle der Aufsichtspflicht, in denen gesetzliche Bestimmungen hinsichtlich der Frage der Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen für Handlungen des der Aufsicht Unterworfenen die gleichen Zwecke verfolgen, wie die im BGB. geordnete Aufsichtspflicht der Eltern, des Vormundes, des Pflegers.

Gemäß § 127 GewO. hat der Lehrherr die Sorge für die Erziehung des Lehrlings. Der Lehrherr hat sich auch um das Verhalten des Lehrlings außerhalb des Betriebs zu kümmern. Er hat daher die Aufsichtspflicht im Sinne und mit der Wirkung des § 832. Die Aufsichtspflicht ist nicht davon bedingt, daß der Lehrling auch in Kost und Pflege des Lehrherrn steht (abw. Nöldecke, Gruchots Beitr. **41** 783). Allerdings kann über den minderjährigen Lehrling zu verschiedenen Zeiten und Gelegenheiten ein verschiedener Aufsichtspflichtiger die Aufsicht zu führen haben, der Vater, die mit elterlicher Gewalt bekleidete Mutter, der Lehrherr. Je nach den konkreten Umständen wird sich entscheiden, wer als der zur Aufsicht Berufene erscheint, und wer demgemäß auch die Verantwortung zu tragen hat. Der Umfang der Aufsichtspflicht bleibt aber der gleiche, insoweit nur das Aufsichtsbedürfnis des Minderjährigen in Frage kommt.

b) Weil der Lehrling der väterlichen Zucht des Lehrherrn (GewO. § 127 a) unterworfen ist, die Aufsichtspflicht des Lehrherrn über den Lehrling nicht bloß

auf dessen Verhalten im Betriebe des Gewerbes beschränkt, auch über Minderjährige nicht durch die Aufsichtsbedürftigkeit derselben bedingt wird, haftet der Lehrherr für alle durch seinen Lehrling innerhalb und außerhalb des Betriebs einem Dritten verursachten Schäden. B. Hilse, AöffR. **18** 214 ff.

Weil der Lehrling nach GewO. § 127a der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen ist, wird der Lehrherr kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über denselben verpflichtet und hat die wirtschaftlichen Folgen der auf dessen Verschulden zurückführbaren Beschädigungen Dritter zu ersetzen, gleichviel ob sie innerhalb oder außerhalb des Betriebs zugefügt wurden. B. Hilse, 213.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** 250: Ein Vater genügt seiner Aufsichtspflicht nicht, wenn er seinem 15jährigen Sohne jederzeit Zutritt zu einem Tesching gewährt und sich nur darauf beschränkt, ihn mit Worten zu ermahnen, nicht außerhalb des väterlichen Grundstücks damit zu schießen. Der Vater haftet daher für die durch seinen Sohn einem anderen beigebrachte Verletzung. Vgl. IDR. **1** Ziff. 4 zu § 832.

3. Öhler, 213 spricht sich gegen eine Haftpflichtversicherung der Lehrer durch die Gemeinden aus, da ein besonderer Grund hierzu nicht ersichtlich erscheint. Die Haftpflicht der Lehrer ist durch § 832 BGB. nicht größer geworden, als sie schon vorher war.

§ 833. 1. Eltzbacher, I 290/294 (vgl. Ziff. 3 vor § 823): Auch bei dem Tierschaden haben wir im Sinne des BGB. eine unerlaubte Handlung: der Tierhalter ist verpflichtet, daß kein Mensch und keine Sache durch das Tier beschädigt wird; geschieht dies dennoch, so liegt eine zum Schadensersatze verpflichtende Rechtsverletzung und somit eine unerlaubte Handlung vor.

2. Isay, DIZ. **03** 399: Die Begrenzung der Schadensersatzpflicht ist nicht (wie Kuhlenbeck, IW. **02** 237; Fleischauer, Gruchots Beitr. **47** 303; **RG. 50** 180, IW. **02** Beil. 201 und Gruchots Beitr. **47** 648; IW. **03** Beil. 61 — vgl. IDR. **1** zu § 833 — ausführen) aus dem Begriffe der Kausalität zu gewinnen, vielmehr analog dem für die Verantwortlichkeit für menschliche Schadenstiftung entscheidenden Gesichtspunkte, aus dem des Verschuldens. Wo menschliches Verschulden nicht vorläge, falls an Stelle des Tieres ein Mensch gehandelt hätte, liegt auch ein solches des Tieres nicht vor. Notwehr, Notstand (§§ 227, 228 BGB.) entschuldigen auch das Tier. Nicht überall, wo den Menschen eine Schuld träfe, trifft sie auch das Tier. Wo ein Pferd einen Schaden anrichtet, wo es unter Leitung des Kutschers steht, liegt ein „Verschulden" des Tieres nicht vor. Der bloße Umstand, daß der Kutscher auf dem Bocke sitzt, ist noch keine Leitung; kümmert er sich nicht nur um die Zügelführung, so liegt nicht eine Leitung, sondern der Mangel einer solchen vor. Für einen unter solchen Bedingungen verursachten Schaden haftet der Halter.

3. Goslich: Eingehende Entstehungsgeschichte des § 833. Aus der Entstehung des Gesetzes geht nichts hervor, was zur Klärung der Frage beitragen könnte. Insbesondere ist unmöglich die frühere Judikatur zu Art. 1385 c. c. und §§ 1560, 1561 des Sächs. BGB. zur Auslegung des § 833 zu verwenden. Die Grundsätze, auf die sich die unbedingte Haftung stützt, sind:

a) Wer ein Gut besitzt, soll auch die damit verbundenen Nachteile tragen.

b) Bestimmte Unternehmungen, die mit einer besonderen Gefährdung für die Umgebung verknüpft sind, zu verbieten, geht nicht an. Der Unternehmer muß aber für den Schaden aufkommen, auch wenn er nicht daran schuld war.

c) Die unbedingte Haftung des Tierhalters muß erzieherisch wirken, ihn zur besonderen Sorgfalt bei Auswahl von Tieren und Leuten veranlassen.

d) Bei einer Kulpahaftung käme der Verletzte häufig in eine Beweisnotlage.

e) Der Tierhalter ist in der Lage, sich gegen den Schaden als mutmaßliche Geschäftsunkosten zu versichern.

Die Gefahr (zu b) besteht darin, daß ein Tier die Möglichkeit hat, sich selbständig zu bewegen, und daß es diese Bewegung auf Grund eines, wenn auch unvollkommenen, Denkprozesses macht. Diese beschränkte Denkfähigkeit, die Unfähigkeit, Erlaubtes vom Unerlaubten zu scheiden, die kritiklose Geneigtheit des dressierten Tieres, sich durch äußere Einwirkung (Blitz, Zügelführung) in seinem Tun beeinflussen zu lassen, macht das Tier gefährlich.

Es wird dann nachgewiesen, daß im Verhältnisse zwischen Tierhalter und Verletzten kein Unterschied besteht, wenn ein Pferd durch einen Blitz oder Hundegebell, oder das Blitzen eines zufällig vorübergetragenen Spiegels zum plötzlichen Anziehen veranlaßt wird; aber auch nicht, wenn ein Fremder das Pferd absichtlich mit einem Spiegel blendet und dadurch das Tier zum Tätigwerden veranlaßt; oder wenn ein Fremder einen Hund auf eine Katze hetzt. — Aber auch wenn der Tierleiter die schadenbringende Tätigkeit des Tieres veranlaßt, ist es ebenso zu beurteilen. Das Tier handelt deshalb immer noch selbständig, auch wenn es geleitet wird. Die Stellung zwischen Tierhalter und Verletzten ändert sich dadurch nicht, daß der Tierleiter neben dem Tierhalter vielleicht auch noch haftet. So stehen folgende Fälle den obigen gleich: ein Kutscher verliert aus Versehen die Zügel oder schnalzt betrunken mit der Zunge und bringt dadurch die Pferde zum Galopp, oder sie gehen durch, weil sie infolge ungeschickten Anspannens von der Wagenrunge geschlagen werden. — Ging die Grenzlinie der Haftbarkeit des Tierhalters nicht zwischen diesen verschiedenen Fällen hindurch, so kann sie auch nicht zwischen den verschiedenen Arten der Schuld des Leiters hindurch gezogen werden. Haftet der Tierhalter, wenn sein betrunkener Kutscher fahrlässig an der Leine riß, so auch, wenn dieser absichtlich, also z. B. aus Dummheit, Bestürzung, Übermut oder Bosheit, den Pferden falsche Hilfen gab. Die oben genannten 5 Gründe für seine Haftbarkeit werden durch die Schuld des Kutschers nicht beseitigt. Wird ein Mietpferd von seinem Reiter absichtlich in Topfwaren geleitet oder ein Hund von seinem Abrichter auf eine Katze gehetzt, ist der Tierhalter also auch haftbar. Willenlose Werkzeuge sind auch gut dressierte Tiere nicht. Sie gehorchen nicht, weil sie unweigerlich müssen, sondern weil sie es (aus Furcht vor Strafe) wollen. Der Mensch veranlaßt ein solches Tier, aber zwingt es nicht.

Ganz anders, wenn das Zugtier überhaupt nicht selbständig handeln kann. Dann leiht es dem bewegten schadenbringenden Gegenstande lediglich seine Kraft, tut aber nichts, die entwickelte Kraft in bestimmter Richtung wirken zu lassen. So der Hund eines Hamburger Milchkarrens oder ein Treidelpferd: sie ziehen den Wagen oder Kahn, können ihn aber nicht lenken.

Der Tierhalter haftet hiernach α. für allen Schaden, den das Tier durch seinen Körper (Treten, Beißen) anrichtet, gleichgültig, ob aus eigenem Antrieb oder durch Zufall, ein anderes Tier oder einen Menschen veranlaßt; β. wenn der Schaden nach den Grundsätzen über adäquaten Kausalzusammenhang durch das Tier entstanden ist, insbesondere wenn die Tätigkeit des Tieres einen Menschen oder ein anderes Tier zur schädigenden Handlung veranlaßt oder wenn der Schaden durch einen leblosen Gegenstand entsteht, der, mit dem Tiere verbunden, seine Bewegungen völlig teilen muß.

4. Die Haftung des Tierhalters in ihrem jetzigen Umfange gibt — wie Unger 155 an der Hand zweier Beispiele aus der Praxis ausführt — volkswirtschaftlich und moralisch zu schweren Bedenken Anlaß. Die Betätigung der Nächstenliebe wird vielfach unmöglich gemacht. U. verlangt deshalb eine gesetz-

liche Einschränkung dahin, daß die Haftung ausgeschlossen ist, wenn die Benutzung des Tieres dem Geschädigten lediglich aus Gefälligkeit gestattet worden ist.

5. Fleischauer, JW. **03** 267 führt aus, daß die Vorschrift des § 833 nur die außerkontraktliche Haftung des Tierhalters betrifft und dispositives Recht darstellt, daß demgemäß der Eigentümer dem Mieter sowie dem Entleiher des Tieres gegenüber (selbst wenn diese nicht selbst „Tierhalter" sein sollten) nicht aus § 833 ohne Rücksicht auf Verschulden, sondern gemäß §§ 544 und 276 Abs. 1, beziehentlich § 599 des BGB. nur für Verschulden, beziehentlich grobe Fahrlässigkeit haftet. Vgl. dagegen das **RG.** JW. **03** 61 Nr. 140, dafür **RG. 50** 250.

6. Dittenberger 59 ff.: Da im § 833 verpflichtungserzeugend die objektive Rechtswidrigkeit der Beschädigung ist, so haftet zunächst auch ein Kind für den Schaden, den ein von ihm gehaltenes Tier durch Tötung oder Verletzung eines Menschen oder durch Beschädigung einer Sache anrichtet. Man kann einwenden, daß das schadendrohende Moment nicht in einem Handeln des Kindes liegt, da die zum Ersatze verpflichtende Schädigung eines anderen ohne Zutun des Kindes erfolgt. Andererseits besteht aber ein gewisser Zusammenhang zwischen einem Tätigwerden des Ersatzpflichtigen und der eingetretenen Schädigung in der Art, daß das Halten eines Tieres nicht ohne ein Handeln des Betreffenden in die Erscheinung treten kann; und dieses Handeln kann nicht hinweggedacht werden, ohne daß auch der Erfolg der Schädigung und des wiederum aus dieser folgenden Entstehens einer Ersatzpflicht entfallen müßte; es ist also durch das Handeln eine Bedingung für den Erfolg gesetzt worden. In dem Handeln liegt also eine Gefährdung des Rechtsgüterzustandes des Handelnden. Soll hier das Kind wahrhaft wirksam geschützt werden, so muß ihm schon jene Gefährdung seiner eigenen Interessen unmöglich gemacht werden. Es muß also dem Kinde ein vorbeugender Schutz zuteil werden, und ein solcher ist ihm gewährt dadurch, daß ihm die Vornahme der zur Schaffung des schadendrohenden Zustandes führenden Handlung unmöglich gemacht ist, daß also überall nur die verantwortliche Fürsorge des gesetzlichen Vertreters die Herbeiführung eines solchen Zustandes vermitteln kann. Den Zustand des Haltens eines Tieres kann nur der gesetzliche Vertreter für das Kind herbeiführen; ist jedoch der Zustand hergestellt, so haftet das Kind, weil es sich hier um eine unerlaubte Handlung im weitesten Sinne (vgl. oben vor § 823 Ziff. 2) handelt.

7. a) **RG. 52** 117 über den Begriff des Tierhalters; vgl. JDR. **1** Note 4 zu § 833 wie JW. **02** Beil. 257. Gegen diese Entscheidung Endemann, DJZ. **03** 161.

RG. 55 164, JW. **03** Beil. 110, DJZ. **03** 454: Bei dem „Halten" des Tieres handelt es sich immer nur um ein tatsächliches Verhältnis. Der Eigenbesitzer braucht nicht notwendig zugleich Halter zu sein; wenn er nur mittelbarer Besitzer ist, so wird häufig nach Maßgabe der gegebenen Umstände der von ihm verschiedene unmittelbare Besitzer der Halter des Tieres sein, und zwar dann, wenn auch nicht immer, so doch oft ausschließlich dieser, nicht neben ihm auch der mittelbare Besitzer.

RG. Gruchots Beitr. **47** 404: Tierhalter ist nicht der Verwalter, der nicht im eigenen Interesse, sondern nur im Interesse und für Rechnung des Eigentümers wirtschaftet. Hier ist Halter des Tieres der Eigentümer.

Linsmayer 27. (Vgl. auch oben zu § 254 Note 12b a. E.) Ein Tier hält, wer ihm für eigene Gebrauchs-, Nutzungs- oder Veräußerungszwecke die Nahrung, Unterkunft, Pflege gewährt. Unmittelbarer Besitz ist nicht erforderlich. Auch auf länger dauernden Besitz kommt es nicht an. Nach dem (bayerischen)

Feldschadengesetze haftet der Tierhalter auch dann für Ersatzgeld, wenn ihn selbst keinerlei Vorsatz oder Fahrlässigkeit hinsichtlich der durch die Lenkung des Tieres herbeigeführten Möglichkeit der Beschädigung trifft.

Sperl 154: Die herrschende Lehre, welche unter „Halter" des Tieres denjenigen versteht, der das Tier in seinem Interesse im unmittelbaren Besitze hat, nicht der bloße Detentor oder der Depositar, wohl aber der Pächter, Mieter, Nutznießer, der Entleiher kann zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Soll der Sonntagsreiter, der ein Pferd mietet, den Schaden tragen?

OLG. Naumburg, SeuffA. **58** 396: Tierhalter ist derjenige, welcher das Tier dauernd besitzt oder nutzt und für dasselbe sorgt.

RG. R. **03** 340: Die Viehkommissionsfirma, die das ihr zum Verkauf übergebene Vieh in den von ihr gemieteten Ständen auf dem Viehhof unterbringt und durch Anstellung einer genügenden Anzahl von Leuten für Wartung, Fütterung und Beaufsichtigung des Viehes Sorge trägt, ist Tierhalterin.

b) Schneider, R. **03** 203: Für den Schaden, den ein bei Selbstpfändung in Besitz genommenes Tier anrichtet, haftet als Tierhalter der Eigentümer, zumal er für den Weidefrevel und seine Folgen aufzukommen hat. Die von Fleischauer, JW. **02** 116 versuchte Formulierung (Übernahme der Obhut eines Tieres für eigene Zwecke) genügt nicht. Auf § 833 ist § 254 anzuwenden, wodurch die Schroffheit des ersteren gemildert wird (vgl. u. Note 10).

Fleischauer, R. **03** 258: Für die von ihm vertretene Ansicht spricht die Geschichte des § 833 und ihr Zweck als Gefährdungshaftung. Der Eigentümer kann häufig in keiner Weise auf das Tier einwirken.

8. a) OLG. Dresden, SächsA. **13** 393: Kläger war durch einen von zwei dem Beklagten gehörigen Pferden gezogenen Wagen überfahren und verletzt worden. Beklagter bestreitet, daß die Verletzung durch die Tiere geschehen sei. Das OLG. führt aus: für die Verantwortlichkeit des Tierhalters für den durch seine Tiere zugefügten Schaden ist es gleich, ob der Schaden von ihnen durch Berührung der geschädigten Person oder Sache mit dem Tierkörper selbst oder mit einem Gegenstand erfolgt, welcher vom Tierhalter daran zur Verstärkung ihrer Gebrauchsfähigkeit angebracht oder damit zwecks Ausnutzung von dessen Kräften zur Fortbewegung von Sachen oder zu anderer mechanischer Tätigkeit verbunden worden ist. Denn nach der Zweckrichtung der Gesetzesvorschrift im § 833 kann es keinen Unterschied für die Schadensersatzpflicht des Tierhalters machen, ob von dem Tiere der Schaden, den es gelegentlich seiner Benutzung zur Verrichtung von Arbeiten anrichtet, mit seinen körperlichen Organen oder mit den Werkzeugen, mit denen es der Tierhalter versehen hat, zugefügt worden ist, und es ist auch im letzteren Falle anzunehmen, daß der Schaden unmittelbar durch eine Tätigkeit des Tieres verursacht worden sei. Vgl. JDR. **1** 492 Ziff. 5 und 6.

OLG. Augsburg, R. **03** 17: Zur Anwendung des § 833 ist nicht notwendig, daß der Schaden unmittelbar durch das Tier zugefügt wurde; es wird keine unmittelbare Einwirkung des Tieres vorausgesetzt, vielmehr genügt, eine adäquate Verursachung vorausgesetzt, daß ein kausaler Zusammenhang zwischen der willkürlichen Handlung des Tieres und dem eingetretenen Schaden gegeben ist.

b) Brückmann, Rechte des Geschäftsführers, 159[2], wendet sich gegen die Auffassung des **RG.** SächsA. **12** 209 ff., insbes. 211/212, — s. auch JDR. **1** § 833 Note 5 —, wonach der Sturz von durchgehenden Pferden sich entgegenwerfenden Passanten ursächlich auf das Durchgehen der Pferde zurückgeführt wird und der ursächliche Zusammenhang durch das selbständige Eingreifen des Verletzten nicht unterbrochen oder aufgehoben sein soll. Es muß vielmehr der Gesichtspunkt der negotiorum gestio Anwendung finden (§ 679), weil es eine Pflicht

der beteiligten Personen ist, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, durchgehende Pferde zum Stehen zu bringen. Nur durch Heranziehung der neg. gestio kann eine Überspannung der prinzipiellen Tragweite der Entscheidung vermieden werden. Denn keineswegs darf, was das RG. tun müßte, wenn es den § 679 außer acht läßt, der Klage stattgegeben werden, wenn etwa zehn, zwölf, zwanzig Passanten hintereinander den Versuch wagen, obwohl sie das völlig Aussichtslose ihres tollkühnen Beginnens erkennen müssen.

9. a) Fleischauer, Gruchots Beitr. **47** 303: § 833 statuiert eine Gefährdungshaftung. Nicht mechanischer, sondern juridischer ursächlicher Zusammenhang ist daher erfordert. Derselbe erscheint ausgeschlossen, wenn das Tier lediglich als Werkzeug menschlicher Hand tätig geworden ist, und gleichzeitig die unter Umständen gefährliche, besondere tierische Natur nicht in Wirksamkeit getreten ist. Beispiel: Ein Pferd, welches, dem Zügel gehorchend, lediglich die Zugkraft darstellt. Beispiel des Fehlens des zweiten Erfordernisses: Beißen eines von einem Menschen gehetzten Hundes.

b) **RG. 54** 407, JW. **03** Beil. 90: Die Haftung des Tierhalters kann durch höhere Gewalt ausgeschlossen sein; denn wenn infolge höherer Gewalt ein willkürliches Tun des Tieres ausgeschlossen gewesen ist, so ist auch der Schaden nicht durch das Tier verursacht.

RG. 54 73, JW. **03** Beil. 61, Gruchots Beitr. **47** 648; vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 948: Von einem selbständigen willkürlichen Tun des Tieres ist dann nicht die Rede, wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tieres mit einer Gewalt einwirkt, der Tiere der in Frage kommenden Art nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können. In solchem Falle ist die Haftung des Tierhalters ausgeschlossen; denn der Schaden ist dann nicht durch das Tier, sondern durch das mit unwiderstehlicher Gewalt über das Tier hereingebrochene äußere Ereignis verursacht. Ist dagegen für das Verhalten des Tieres in jenem äußeren Ereignisse keine zwingende Veranlassung gegeben, liegt mithin ein willkürliches Verhalten des Tieres vor, so ist die den Schaden bewirkende Ursache nicht in jenem äußeren Ereignisse, sondern in der tierischen Natur zu erblicken. Dann haftet der Tierhalter. S. oben § 831 Ziff. 4e.

Eine Haftung des Tierhalters tritt auch ein, wenn der Verletzte das Tier gemietet oder geliehen hatte.

10. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 405, JW. **03** Beil. 42: Auch im Falle des § 833 findet der § 254 Anwendung. Vgl. JDR. **1** Ziff. 7 zu § 833 und oben zu § 254 Note 11 und 12b, s. auch oben Note 7b.

11. a) Sperl, 153: Zu den Tieren im Sinne des § 833 gehören auch die Bazillen. Es entscheidet nicht die an sich unsichere und schwankende Klassifizierung der Naturlehre, sondern nur die Gleichartigkeit der schädigenden Vorgänge, das dringende Schutzbedürfnis. Abw. Dernburg (vgl. JDR. **1** Ziff. 8a zu § 833).

b) OLG. Dresden, SeuffA. **58** 350: Die Beschädigung durch ein umfallendes Tier fällt nicht unter die Bestimmung des § 833. Das Hinfallen ist keine Kraftäußerung des Tieres. Die Verletzung des Klägers ist durch die auf das Tier wirkende Schwerkraft, der die Kräfte des Tieres nicht gewachsen waren, verursacht worden, keineswegs durch das Tier als ein mit willkürlicher Eigenbewegung ausgestattetes und dadurch dem Menschen und den übrigen Sachen gefährliches Wesen.

c) LG. Chemnitz, SächsA. **13** 239: Der Tierhalter ist auch dann haftbar, wenn sein Tier ein fremdes Tier, durch das es gereizt worden ist, beschädigt hat.

d) **RG. 55** 164, JW. **03** Beil. 110, DJZ. **03** 454: Eigentümer und Halter eines preußischen Gendarmenpferdes ist, bei richtiger Auslegung der Dienstinstruk-

tion vom 30. 12. 1820, der Gendarm, nicht der Fiskus. Es kommt nicht darauf an, zu welchem Zwecke das Tier gerade in dem Augenblicke gebraucht wurde, wo es den Schaden anrichtete.

§ 834. Linsmayer 34: Der aufsichtspflichtige Dritte wird oft als der einzige Urheber des Schadens erscheinen. Es entfällt dann die Haftung desjenigen, der das Tier hält, ebenso wie wenn das Tier als Werkzeug des Kutschers infolge unvorsichtiger Lenkung Schaden zufügt. Wer nach dem Feldschadengesetz als Tierhalter auf Ersatzgeld in Anspruch genommen wird, kann sich niemals darauf berufen, daß ein anderer die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernommen habe.

Langsdorff, DJZ. **03** 335: Ein Stallwirt kann nach § 834 haftbar gemacht werden. Vgl. oben zu § 701 Note 3 b.

§ 835. 1. Auch beim Wildschaden ist im Sinne des BGB. eine unerlaubte Handlung vorhanden: der Jagdberechtigte ist verpflichtet, daß das seinem Rechte unterworfene Grundstück nicht durch Wild beschädigt wird; geschieht dies dennoch, so ist eine zum Schadensersatze verpflichtende Rechtsverletzung, mithin eine unerlaubte Handlung gegeben. Eltzbacher, 290/294.

2. Über Anwendung des § 254 auf § 835 vgl. PrOVG. **42** 269 ff.; s. oben zu § 254 Note 12 b, 11 b und zu § 252 Note 4 c; vgl. ferner o. § 833 zu Note 7 b u. 10.

§ 836. 1. Dittenberger 63 ff.: In den §§ 836 ff. ist das in der „fehlerhaften Errichtung oder mangelhaften Errichtung" des Gebäudes zum Ausdrucke kommende Moment der subjektiven Beziehung des Eigenbesitzers zu dem schädigenden Ereignisse von Bedeutung für die Beziehung des Kindes zu den genannten Bestimmungen. Eine Haftung des Kindes als Eigenbesitzer wird deshalb nicht eintreten können, weil das Kind angesichts seiner Geschäftsunfähigkeit faktisch nicht in der Lage ist, die zur Abstellung jener baulichen Mängel nötigen Schritte zu unternehmen. Eine im Interesse des Geschädigten anzustellende Erwägung führt dahin, den Ersatzpflichtigen in der Person des dem Kinde den Eigenbesitz vermittelnden gesetzlichen Vertreters zu suchen. Eine geeignete Handhabe zu solcher Entscheidung bietet § 838, wonach derjenige, welcher „die Unterhaltung eines Gebäudes usw. für den Besitzer übernimmt", für den Schaden „in gleicher Weise verantwortlich ist, wie der Besitzer". Unter diese Bestimmung kann man den gesetzlichen Vertreter bringen, denn die Fassung: „wer übernimmt" läßt ganz dahingestellt, worauf die Übernahme sich gründet, sie kann die Folge einer gesetzlichen Verpflichtung sein. Die Nichthaftung des Kindes kann den gesetzlichen Vertreter nicht befreien, weil für beide die objektiven Voraussetzungen der Ersatzpflicht gegeben sind und dem Kinde nur ein persönlicher Haftungsausschließungsgrund zur Seite steht.

2. Westmann, Rechtsstellung des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins 24: Haftung des Vorstandes Dritten gegenüber, weil objektiv unerlaubte Handlung; ob dagegen der Vorstand dem Vereine gegenüber haftet, hängt davon ab, ob §§ 664, 665 oder 276 diesem gegenüber vorliegt, sogar § 670 ist hier denkbar. Keine Haftung des Vorstandes, wenn die schuldlose Handlung nur infolge eines bestimmten Rechtsverhältnisses eine Schadensersatzpflicht begründet.

3. a) OLG. Colmar, R. **03** 551: Zu den „mit einem Grundstücke verbundenen Werken" gehört auch eine städtische Wasserleitung. Für einen durch einen Rohrbruch entstandenen Schaden haftet die Stadt, wenn der Bruch auf fehlerhafte Einrichtung oder mangelhafte Unterhaltung der Anlage zurückzuführen ist.

b) Zu SeuffA. **58** 263 vgl. JDR. **1** § 836.

4. **RG. 52** 378, JW. **03** Beil. 10: Wenn man nicht auf dem Standpunkte des römischen Rechtes verharren will, daß der Eigentümer, bzw. Besitzer einer

Sache völlig in seinem Rechte sei, wenn er sich um Gefahren, die anderen durch dieselbe drohen, gar nicht kümmert, so muß man sich der Auffassung anschließen, daß in dieser Beziehung § 836 keine singuläre Norm enthalte. Er bietet insofern eine einzelne Anwendung des Grundsatzes dar, daß jetzt ein jeder auch für Beschädigung durch seine Sachen insoweit aufkommen solle, als er dieselbe bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen hätte verhüten müssen. Vgl. **RG. 54** 58.

§ 839. 1. Abs. 1. Meltz führt aus:

a) Ob der Beamte eine „ihm einen Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht" verletzt hat, läßt sich nicht aus allgemeinen Regeln, sondern nur durch Auslegung der verletzten Dienstvorschrift im Einzelfalle bestimmen. Ebenso Oertmann, Komm. z. BGB. 577. A. A. Kuhlenbeck, Komm. z. BGB. 589.

b) Von der Verletzung der Amtspflicht des Beamten ist prinzipiell kein Rückschluß auf das Maß der von demselben angewandten Aufmerksamkeit, auf sein Verschulden, möglich. Es ist ohne Rücksicht auf den gemachten Fehler das subjektive Verschulden des Beamten festzustellen. Die Aufstellung der Begriffe „Idealbeamter", „Durchschnittsbeamter", „ordentlicher Beamter" usw. führt notwendigerweise zu dem Prinzipe der Erfolgshaftung.

c) Abs. 2. α. Die Sonderstellung der richterlichen Beamten rechtfertigt sich einzig und allein aus der in den Motiven z. BGB. (II 824) mitgeteilten Erwägung, daß der Richter bei der Rechtsprechung vollkommen unabhängig gestellt sein muß. A. A. Schneider, A.zivPr. **91** 236 ff.

β. Die nach dem Wortlaute des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers auf den Fall der Urteilsfällung beschränkte Sonderstellung der richterlichen Beamten ist im Wege der Analogie auf die gesamte entscheidende Tätigkeit derselben auszudehnen.

γ. Unter § 839 Abs. 2 fallen auch die Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Laienmitglieder der Kammern für Handelssachen können sich, ohne Beamte zu sein, auf das Haftungsprivileg des § 839 Abs. 2 berufen.

δ. Auch der Richter haftet nur wegen Verletzung „der ihm einem Dritten gegenüber" obliegenden Amtspflicht.

d) Abs. 3. α. Für „Fahrlässigkeit" in Abs. 3 ist im Gegensatze zu Abs. 1 der objektive Maßstab des § 276 BGB. anzulegen.

β. Unter „Rechtsmittel" ist jeder Rechtsbehelf zu verstehen.

Mehrere Beamte haften nach § 830 Abs. 2 als Gesamtschuldner und müssen, um befreit zu sein, den Beweis ihrer Schuldlosigkeit führen.

De lege ferenda ist zu wünschen, daß der Staat selbst die Ersatzpflicht auf sich nimmt, wozu der Art. 77 EG. z. BGB. den Weg offen läßt.

2. Gottschalk 114 Anm.: Unter „Rechtsmittel" sind nicht die im technischen Sinne sogenannten Rechtsmittel — Revision, Berufung, Beschwerde — zu verstehen, sondern im weiteren Sinne auch die sog. Rechtsbehelfe, wie Einspruch, Widerspruch und dgl.

3. Oertmann, SeuffBl. **67** 49: Nimmt der Beamte, auch aus Rechtsirrtum, entschuldbarerweise an, er verletze mit seinem Tun oder Unterlassen keine Amtspflicht der dort genannten Art, so kann er nach § 839 nicht haftbar gemacht werden. Ebenso OLG. Frankfurt, R. **03** 292.

4. a) Ein Notar, der durch ein Versehen bei der Testamentserrichtung die Ungültigkeit des Testaments herbeiführt, haftet nicht nur den Intestaterben, sondern auch den im Testamente Bedachten. Jastrow, Form.Buch I Preuß. FrGG. Art. 83 Anm. 3d (134).

OLG. **7** 473 (Marienwerder): Ein Rechtsanwalt haftet für eine unrichtige Auskunft in seiner Eigenschaft als Notar gemäß § 839. Wenn er eine Frage, welche er, ohne dienstlich dazu verpflichtet zu sein, gleichwohl beantwortet, so handelt er als Beamter unter der ihm als solchen beiwohnenden öffentlichen Autorität. Im Gegensatze zum RG. **49** 273 wird angenommen, daß eine amtliche Tätigkeit vorliegt, wo der Notar aus Veranlassung und im Anschluß an eine Amtshandlung tätig wird.

Über Haftung des Notars s. auch noch oben zu § 676 Note 5.

b) OLG. Jena, ThürBl. **50** 285: Ein Gemeindevorsteher, vor dem nach § 2249 ein Testament errichtet worden ist, verletzt seine Amtspflicht nicht, wenn er es unterläßt, im Protokolle festzustellen, daß es vom Erblasser eigenhändig unterschrieben worden ist (§ 2242). Es handelt sich hier um eine dem Laien schwer verständliche Vorschrift, die Nichtbeobachtung der Formvorschrift ist sonach zurückzuführen auf mangelndes Verständnis einer Gesetzesstelle, die nur bei beschränkender Auslegung durchführbar ist. Anders würde die Sache liegen, wenn der Gemeindevorsteher von seiner vorgesetzten Dienstbehörde über die Auslegung des § 2242 eine Belehrung erhalten hätte.

OLG. **7** 140 (Oldenburg): Ein Gemeindevorsteher, der bei Aufnahme eines Nottestaments im Protokolle nicht feststellt, daß dieses vorgelesen, genehmigt und unterschrieben sei, macht sich den im Testamente Bedachten ersatzpflichtig.

c) OLG. Colmar, R. **03** 576: Der Gerichtsvollzieher, der dem Berufungsbeklagten eine mit Terminsbestimmung nicht versehene Abschrift der Berufungsschrift zustellt, dessen ungeachtet aber auf der Urschrift der Berufungsschrift beurkundet, ihm eine beglaubigte Abschrift der Berufungsschrift nebst Terminsbestimmung zugestellt zu haben, und durch die Ungültigkeit dieser Zustellung die Verwerfung der Berufung als unzulässig verursacht, haftet wegen dieser fahrlässigen Verletzung seiner Amtspflicht dem Kläger und Berufungskläger für den Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß das Berufungsgericht in dem Vorprozesse durch die Unzulässigkeit der Berufung an ihrer sachlichen Prüfung und insbesondere daran verhindert worden ist, unter Aufhebung der Vorentscheidung dem Klagantrage stattzugeben.

Über die Stellung des Gerichtsvollziehers als Beamter vgl. RG. JW. **03** Beil. 134.

§ 840. RG. **53** 121, JW. **03** Beil. 25: Die Bestimmung des Abs. 3 findet nur Anwendung, wenn für den Schaden neben dem nach den §§ 833 bis 836 zum Ersatze Verpflichteten ein Dritter aus *unerlaubter Handlung* haftbar ist. Unerlaubte Handlung ist hier jedoch in einem weiteren Sinne zu verstehen und setzt nicht notwendig voraus, daß der Täter aus schuldhaftem Verhalten hafte; insbesondere ist die Haftung des Eisenbahnunternehmers aus § 1 Reichshaftpflichtgesetz als solche aus unerlaubter Handlung im Sinne des § 840 anzusehen.

§ 842. Der § 842 hat lediglich deklarative Bedeutung und darf zu einem argumentum e contrario keinesfalls verwendet werden. Nicht nur bei gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlungen, sondern auch sonst bei Delikten sowie bei Vertragsverletzungen gehören die Nachteile für Erwerb und Fortkommen zum entgangenen Gewinn und sind zu ersetzen. *Fischer*, Der Schaden 52.

§ 843. 1. Unter Erwerbsunfähigkeit ist das auf physischer oder geistiger Minderung des Verletzten beruhende Unvermögen zu verstehen, überhaupt oder ohne Gefährdung des Heilprozesses durch Arbeit einen solchen Erwerb zu erzielen, wie er beim Fehlen der Minderung zu erlangen wäre. Die Möglichkeit eines

Arbeitserwerbes allein schließt daher den Begriff der Erwerbsunfähigkeit nicht aus. Wörner, Das sächsische Beamtenunfallfürsorgegesetz (Leipzig 1903) 15.

2. RG. **53** 48, Egers eisenb.E.u.A. **19** 340: Wenn jemand durch einen beim Betrieb einer Eisenbahn erlittenen Unfall zwar die Fähigkeit zu seiner bisherigen erwerblichen Tätigkeit verloren hat, ihm aber die Möglichkeit verblieben ist, durch eine andere, seiner Vorbildung und seinen Standes- und sonstigen Verhältnissen entsprechende Tätigkeit Erwerb zu finden, so kann er hiervon Gebrauch zu machen nicht mit der Maßgabe ablehnen, daß er von dem haftpflichtigen Unternehmer Schadensersatz so, als wenn er gänzlich erwerbsunfähig wäre, beanspruchen könnte. Dementsprechend muß auch, wenn eine Person während ihres Kindesalters verletzt worden ist, bei der späteren Wahl ihres Berufs darauf Rücksicht genommen werden, zu welchen Arten erwerblicher Tätigkeit sie nach den Folgen des Unfalls fähig erscheint. Diese Beschränkung des Verletzten geht nur dahin, daß er einen Beruf ergreift, bei dem er seine Erwerbsfähigkeit angemessen betätigen kann.

3. RG. **52** 51: Bezüglich des dem Verletzten nach § 843 zustehenden Anspruchs wegen Verletzung des Körpers ist die Pfändbarkeit nach § 850 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. nicht ausgeschlossen, sondern nur der Höhe nach beschränkt. Dagegen genießt die Entschädigungsforderung aus einem Unfallversicherungs*vertrag*, obwohl sie wirtschaftlich mit dem *gesetzlichen* Schadensersatzanspruche wegen Körperverletzung gleichbedeutend ist, ein gleiches Privilegium nicht.

4. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 15: Eine Kapitalabfindung verdient in gewissen Fällen den Vorzug vor der Rente, wie auch die Motive II 785 ausführen, z. B. bei Gründen, welche in der Person des Ersatzpflichtigen liegen. Im vorliegenden Falle sucht der Kläger das Verlangen auf Kapitalentschädigung mit dem nachteiligen Einflusse, den der Fortbetrieb des Bäckereigewerbes auf seine Gesundheit haben werde, mithin durch Umstände, die in der Person des Ersatzberechtigten liegen, zu motivieren. Dieser Umstand ist nicht geeignet, eine Abänderung von der Regel zu begründen.

5. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **03** 471: Der auf Schadensersatz Verklagte ist nicht berechtigt, die Anrechnung des von einer Versicherungsgesellschaft dem Beschädigten gezahlten Entschädigungsbetrags an der Klagesumme zu verlangen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4d zu § 843.

§ 844. 1. Kraft des Gesetzes ist der eheliche Vater aus §§ 1602, 1610, der uneheliche aus § 1708 zum Unterhalte des Kindes verpflichtet. Deshalb hat auch das uneheliche Kind gegen den schuldhaften Schadensurheber einen Anspruch auf Schadloshaltung und ebenso gegen den Schuldner aus der Haftpflicht. B. Hilse, Selbstverwaltung **30** 193.

2. Der Beschädigte, der sich auf eigenes Verschulden eines Getöteten berufen kann, darf auch dem Schadensersatze der Hinterbliebenen gegenüber diesen Einwand vorbringen. Ein eigenes Verschulden des Getöteten kann nicht ohne weiteres darin gefunden werden, daß derselbe einen dem allgemeinen Verkehre dienenden Weg anstatt eine dem gleichen Verkehre dienende Straße begangen hat. BayrObLG., R. **03** 80.

§§ 844, 845. Über die Anwendung des § 254 auf die §§ 844, 845 und darüber, daß der dem Dritten zustehende Ersatzanspruch ein selbständiger Schadensersatzanspruch und kein Unterhaltsanspruch ist vgl. unten zu § 846 und oben zu § 254 Note 5.

§ 846. RG. **55** 29, JW. **03** Beil. 86 — vgl. oben zu § 254 Note 5 —: Unter dem „Verletzten" im § 846 kann, wie schon der Wortlaut und die Gegenüberstellung des „Dritten" erweisen, nur der unmittelbar (an Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit) Verletzte verstanden sein. Daraus folgt jedoch nicht, daß ein Verschulden des ersatzberechtigten Dritten unberücksichtigt bleiben müsse.

Der Einfluß eines mitwirkenden eigenen Verschuldens des Beschädigten ist im § 254 für das gesamte Gebiet der Verpflichtung zum Schadensersatze, welches auch die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen umfaßt, mit allgemeiner Geltung geregelt. Diese Vorschriften müssen auch auf das Verhältnis zwischen dem nach § 844 oder § 845 Ersatzberechtigten und dem Schadensersatzpflichtigen hinsichtlich eines mitwirkenden Verschuldens des ersteren Anwendung finden, sofern einmal auch dieser Ersatzberechtigte als „Beschädigter" anzusehen ist, und weiter die Anwendung des § 254 nicht durch eine positive Gesetzesvorschrift für diesen Fall ausgeschlossen ist. Wenn auch das BGB. grundsätzlich nur dem unmittelbar Verletzten einen Ersatzanspruch gewährt, so hat es doch in den §§ 844, 845 auch Personen, welche durch die unerlaubte Handlung nur mittelbar geschädigt sind, einen Anspruch auf Schadensersatz eingeräumt. Derjenige, welchem durch die Tötung des Ernährers das Recht auf Unterhalt, durch Verpflichtung des gesetzlich ihm zu Diensten Verpflichteten diese Dienstleistungen entzogen sind, ist infolge der begangenen unerlaubten Handlung an seinem Vermögen geschädigt, und das Gesetz gewährt ihm dafür einen Ersatzanspruch. Und zwar ist dieser Anspruch nicht etwa ein an die Stelle des bisherigen Unterhaltsanspruchs gegen den Getöteten tretender Unterhaltsanspruch, jetzt gegen den Schuldigen, sondern ein wirklicher Schadensersatzanspruch. Die Schadensersatzansprüche der Dritten, mittelbar verletzten Personen, sind ihrem rechtlichen Charakter nach **selbständige**, in der Person des Geschädigten von vornherein entstandene. Auf den dem Dritten wegen eigener Schädigung und aus eigenem Rechte gesetzlich zustehenden Schadensersatzanspruch muß auch der § 254 Anwendung finden. Als Beschädigter im Sinne des § 254 ist auch der aus § 844 oder § 845 Ersatzberechtigte zu betrachten. Daß der § 846 die Anwendung des § 254 nur rücksichtlich eines konkurrierenden Verschuldens des Verletzten zulasse, bezüglich eines Verschuldens des Dritten, mittelbar Geschädigten, aber ausschließe, läßt sich weder aus dem Wortlaute noch aus der Entstehungsgeschichte der Gesetzesvorschrift entnehmen. Vielmehr wird man zu der Auslegung geführt, daß der Ersatzanspruch des Unterhaltsberechtigten usw. nach Maßgabe des § 254 ausgeschlossen oder gemindert wird, wenn entweder ihm selbst oder dem Getöteten ein eigenes Verschulden zur Last fällt.

Weinrich, Egers eisenb. E.u.A. **19** 369. § 845 u. § 846 finden für das Haftpflichtgesetz keine Anwendung. Vgl. Genaueres über die Anwendung des § 254 auch das RHG. o. zu § 254 Note 10.

§ 847. 1. **Fischer**, 295—307: Über das Verhältnis des strafrechtlichen Bußeanspruchs zum Nichtvermögensschadensersatze nach § 847 vgl. **Fischer** 303ff.

Beim Nichtvermögensschaden gilt der Grundsatz minima non curat praetor: (314). Auch beim Nichtvermögensschaden ist eine compensatio lucri cum damno möglich (312).

Werden Vermögens- und Nichtvermögensschadensersatzansprüche in einer Klage zusammen geltend gemacht, so ist im Urteil über beide gesondert zu erkennen. Dies empfiehlt sich besonders, wenn der Vermögensschadensersatz in Rentenform zu leisten ist (§ 843); denn für den Nichtvermögensschaden (nach §§ 847, 300) ist Ersatz stets in einmaliger Kapitalsumme zu erbringen (a. a. O. 310ff.).

2. OLG. 7 158 (Hamburg): Eine Freiheitsentziehung liegt nicht nur dann vor, wenn der Tatbestand des StGB. § 239 erfüllt ist, sondern jedenfalls auch dann, wenn die freie Willensbetätigung dergestalt verletzt wird, daß der Betreffende durch widerrechtlichen Zwang genötigt wird, seine Bewegungsfreiheit zeitweilig aufzugeben und Handlungen vorzunehmen, die er ohne die Nötigung nicht vorgenommen hätte.

3. Gottschalk 104: Der Anspruch auf Ersatz des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, unterliegt dem Einwande des § 254. Wird der Verletzte völlig (d. h. mit seinem Anspruch auf Schadensersatz, z. B. wegen Körperverletzung), abgewiesen, so fällt auch der Anspruch auf § 847 dahin, wird er zum Teil abgewiesen, so mindert er sich entsprechend. Denn da die Zuerkennung des nicht vermögensrechtlichen Schadens die Berechtigung, einen Vermögensschaden zu verlangen, voraussetzt, so widerspräche es dem Grundgedanken des Gesetzes, dem Verletzten den Vermögensanspruch zu kürzen, den nichtvermögensrechtlichen Anspruch dagegen zu belassen.

§ 848. Über den Grund der im Falle des § 848 eintretenden Kasushaftung (Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens) vgl. Neumann, Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts § 12.

§ 848 gilt nicht gegen den, der den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt, aber ein Recht auf Übergabe der Sache hatte. Wolff, Recht zum Besitze 28 Anm. 4.

§ 851. Wer wegen Beschädigung einer gepfändeten Sache an den Pfändungspfandgläubiger leistet, wird nicht befreit, da der Gläubiger nicht Besitzer der Sache ist. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 100. Vgl. ZPO. § 808. S. dort über Leistung an den Schuldner, den Staat oder den Gerichtsvollzieher.

§ 852. Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung: Auch nach der Verjährung der Deliktsklage vollführt ein etwa für sich begründeter Bereicherungsanspruch selbstverständlich seine eigene Verjährung.

Drittes Buch.
Sachenrecht.

Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I:

1. Das Sachenrecht ist nur ein Teil, freilich der wichtigste Teil, des Rechtes der Ausschließungsverhältnisse. Die Privatrechte zerfallen in a) relative Rechte: sie verpflichten uns einzelne Personen und stellen so eine besondere Verbindung, „obligatio", „Verbindlichkeit" her; b) absolute Rechte: sie verpflichten uns jedermann, schließen jedermann von unseren Gütern aus und können deshalb „Ausschließungsrechte" genannt werden, sie gliedern sich nach den verschiedenen durch die Ausschließung der anderen gewährleisteten Gütern, die größte Bedeutung haben unter ihnen die Rechte an Sachen. Hiernach ordnet sich das Sachenrecht in folgender Weise dem Systeme des bürgerlichen Rechtes ein. Dem allgemeinen Teil folgen a) das Recht der Schuldverhältnisse, sodann b) das Recht der Ausschließungsverhältnisse, das außer dem Sachenrechte das Recht der unkörperlichen Güter, das Persönlichkeitsrecht sowie das diese Rechte ergänzende allgemeine Ausschließungsrecht umfaßt, endlich c) das Familienrecht und d) das Erbrecht, die gegewisse Inbegriffe von Schuld- und Ausschließungsverhältnissen unter einem besonderen Gesichtspunkte zusammenfassen (I 262/273).

2. Die dinglichen Rechte zerfallen in Vollrechte und Besitzrechte. Jene, so z. B. das Eigentum und die Grunddienstbarkeiten, sichern endgültig, diese, so der Sachbesitz und der Besitz der Grunddienstbarkeiten, nur vorläufig. Unter den Vollrechten stehen einander das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte (ungenau die Bezeichnung „Rechte an fremder Sache") gegenüber, unter den Besitzrechten der Sachbesitz und die (schlecht als „Rechtsbesitz" bezeichneten) beschränkten Besitzrechte. Während die beschränkten dinglichen Rechte und die beschränkten Besitzrechte uns den Genuß der Sache nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung gewährleisten, gewährleisten ihn uns das Eigentum und der Sachbesitz in allen nicht einzeln vergebenen Beziehungen (319/320, 324/325).

3. Neben die dinglichen Rechte treten in dem Recht der Ausschließungsverhältnisse ferner: a) die Rechte an unkörperlichen Gütern, namentlich die Rechte an persönlichen Beziehungen, die Verkörperungsrechte und die Bezeichnungsrechte; b) das Persönlichkeitsrecht, d. h. das Recht an unseren persönlichen Gütern; c) das allgemeine Ausschließungsrecht, d. h. das Recht, das uns unsere sämtlichen Güter auf einmal gegen gewisse Angriffe gewährleistet (325/329, 303/319, 333/337).

Erster Abschnitt.
Besitz.

Vorbemerkung: Die Hochflut der Besitzliteratur hat im Berichtsjahre wesentlich abgenommen. Die früheren Probleme (Wille, Recht) werden noch behandelt, auch die Praxis hat teilweise zu ihnen Stellung nehmen müssen. Außer speziellen Abhandlungen

über den Besitz (Bunsen, Besitzschutz im A.bürgR. 23; Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen; Wolff, Recht zum Besitze) beschäftigen sich auch Monographien über andere Gebiete mit besitzrechtlichen Fragen: so Breit, Geschäftsfähigkeit, Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, Mothes, Beschlagnahme, Dittenberger, Schutz des Kindes.

§ 854. 1. Besitzbegriff.

Im Besitze wird das rechtliche Interesse des Besitzers an der Erhaltung des Besitzes geschützt, daher ist der Besitz ein subjektives Recht und als solches ein Vermögensrecht, dessen Gegenstand eine körperliche Sache, dessen Inhalt sich in der rechtlich geschützten Beziehung des Besitzers zur Sache darstellt, kraft deren er berechtigt ist, seinen Besitz zu erhalten, zu verteidigen und wiederzuerlangen, event. Ersatz für den ihm widerrechtlich oder ohne Rechtsgrund entzogenen Besitz zu begehren. Bunsen, Besitzschutz, AbürgR, 23 69 ff. Das subjektive Recht des Besitzes wird in zweifacher Weise geschützt; zunächst wie jedes andere subjektive Vermögensrecht gegen rechtswidrige Verletzungen (§§ 823 ff.) und im Falle ungerechtfertigter Bereicherung durch den Besitz (§§ 812 ff). Daneben findet der besondere eigenartige Schutz gegen verbotene Eigenmacht statt im Falle der Störung oder Entziehung Anwendung. Als subjektives Vermögensrecht stellt die Willensherrschaft des Besitzers sich als Rechtsverhältnis dar, das auch Schutz im Wege der Feststellungsklage nach § 287 ZPO genießt (daselbst 94 ff.).

Der Besitz ist ein Recht. Dies begründet Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 322/324.

2. Besitzwille.

Der Besitz im Rechtsverhältnis ist rechtlich anerkannte Willensherrschaft, nicht bloß tatsächliches Gewaltverhältnis. Die Willensherrschaft ist eine unmittelbare oder mittelbare, auch der mittelbare Besitzer ist nicht fingierter, sondern wirklicher Besitzer. Das mittelbare Besitzverhältnis besteht in der durch den (unmittelbaren) Besitzer vermittelten Herrschaft der Person über die Sache, setzt also neben dem Besitze jenes nicht nur dessen Willen, auch für den anderen die tatsächliche Gewalt zu halten, sondern auch den Willen des anderen voraus, seinen Besitz durch den Besitzer zu halten, und daß beider Willen in einem zwischen beiden bestehenden Verhältnisse zum Ausdrucke gekommen ist. (Bunsen, a. a. O. 81 Anm. 1.) Das Besitzverhältnis ist immer ein vollkommenes, ein unvollkommenes Besitzverhältnis (a. A. Dernburg, Sachenrecht § 17 Ziff. 4) gibt es nicht, eine willenlose tatsächliche Gewalt, ein bloßes in possessione esse, ist kein Besitz im Sinne des Gesetzes (Bunsen 86 Anm. 20).

Die tatsächliche Gewalt über eine Sache ist ein nichtrechtliches Machtverhältnis, d. h. sie besteht in solchen Tatsachen, die jemanden die ausschließliche Einwirkung auf eine Sache in anderer als rechtlicher Weise gewährleisten. Dieses nichtrechtliche Machtverhältnis kann von sehr verschiedener Art sein. Unter Umständen gehört zu ihm ein Wille, nämlich dort, wo es, wie z. B. bei einem offenen Grundstück, an sonstigen ein Machtverhältnis herstellenden Tatsachen fehlt. In den meisten Fällen dagegen wird bereits durch andere Tatsachen, z. B. Behältnisse, Mauern, Schlösser, ein Machtverhältnis hergestellt, und dann ist zur tatsächlichen Gewalt kein Wille erforderlich. Es ist deshalb nicht richtig, den „Besitzwillen" allgemein als Erfordernis der tatsächlichen Gewalt zu bezeichnen. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 210/213.

Auch der Geschäftsunfähige kann den Besitz nach § 854 Abs. 1 erwerben. Er kann ihn auch konsensual („durch Übergabe") erwerben. Breit, Geschäftsfähigkeit 239 ff.

Ebenso Dittenberger, Schutz des Kindes 91 ff. mit ausführlicher Begründung.

Ein besonderer Besitzwille ist im allgemeinen nicht erforderlich. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 49.

KG., KGBl. **14** 21: Besitzwille ist nur insoweit erforderlich, als ohne ihn die tatsächliche Gewalt nicht hergestellt sein würde.

3. Besondere Fälle des Besitzes.

a) Durch die Beschlagnahme von Einziehungsstücken erwirbt der Fiskus Besitz. Mothes, Die Beschlagnahme 95.

Der Staat kann auch Besitzer solcher Sachen sein, die sich kraft öffentlichen Rechtes in seiner Hand befinden. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 96.

b) Zwangsverwalter und Konkursverwalter werden Besitzer erst durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Mothes, Die Beschlagnahme 91.

c) Durch Signierung wird kein Besitz erworben. Sie gibt keinen unmittelbaren Besitz im Sinne des § 859, da sie keine tatsächliche Gewalt gibt. Die „symbolische" Besitzübertragung des ALR. I. 7 611 ff. ist etwas anderes: Übergabe der Schlüssel ist wirklich reale Besitzübertragung; Anzeichnen einer gekauften Sache hat entweder nur den Zweck der Individualisierung, nicht der Besitzübertragung, oder sie ist nur Zeichen für ein vorangegangenes constitutum possessorium. Dem Einwande Kohlers, Grünhuts Z. **12** 1 ff., dem Zwecke der Individualisierung könne auch das Hineinschaffen in die Wohnung dienen, das doch im Regelfalle Besitz begründe, steht entgegen, daß das Hineinschaffen in die Wohnung nicht nur im Regelfalle, sondern stets Besitz begründet. Verschieden ist nur der Zweck dieses Besitzerwerbes (Individualisierung, Eigentumserwerb). Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 75. Die Signierung begründet auch weder unmittelbaren Besitz nach § 855, noch mittelbaren nach § 868; denn für beide Fälle ist ein entsprechendes Rechtsverhältnis nötig. Dann begründet aber dieses allein den Besitz (das. 78). Die Signierung weist auch nicht stets auf einen ihr vorangegangenen Besitzerwerb hin (das. 84).

Konsensuale Besitzübertragung ist bei der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher ausgeschlossen. Mothes, Die Beschlagnahme 26.

d) Eine compossessio plurium in solidum ist möglich. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 60; vgl. auch BGB. § 868.

4. Abs. 2. Die Einigung ist Rechtsgeschäft. Geschäftsunfähige können Besitz nach § 854 Abs. 2 nicht erwerben, wohl aber Geschäftsbeschränkte Breit, Geschäftsfähigkeit 214, 249 f. A. M. Dittenberger, Schutz des Kindes 100 ff.

5. OLG. **6** 42 (Königsberg): Wird einem Angestellten des bisherigen Besitzers mit dessen Zustimmung von einem anderen zwecks Besitzergreifung die Aufsicht über einen Holzbestand übertragen, so geht der Besitz auf den andern über, auch wenn der Aufseher im übrigen Angestellter des bisherigen Besitzers bleibt.

§ 855. Der Gerichtsvollzieher ist bezüglich der nach § 808 Abs. 1 ZPO. gepfändeten Sachen nur Besitzdiener des Staates, aber nicht des Gläubigers. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 43, 54.

Beläßt der Gerichtsvollzieher das Pfand im Gewahrsame des Schuldners, so ist dieser gleichzeitig mittelbarer Besitzer zweiten Grades und Besitzdiener. Mothes, Die Beschlagnahme 101, 102.

Nicht nur mittelbarer, sondern auch unmittelbarer Besitz gemäß § 855 kann durch constitutum possessorium erworben werden. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 77.

KG., OLG. **6** 256, KGBl. **14** 21: Wenn jemand ein Pferd einem Kaufreflektanten übersendet und mit diesem nach Scheitern der Kaufsverhandlungen übereinkommt, es noch einige Tage bei ihm stehen zu lassen, so wird der Kaufreflektant nicht Besitzdiener, sondern unmittelbarer Besitzer.

§ 856. 1. Abs. 1. Der Geschäftsunfähige kann solo animo den Besitz nicht verlieren. Breit, Geschäftsfähigkeit 251 ff. Vgl. Dittenberger, Schutz des Kindes 108 ff.

Die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt kann unter Umständen auch durch eine ernstliche Willenserklärung erfolgen, aus der hervorgeht, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt nicht mehr ausüben will (Prot. II 3346). Leske 358.

Bietet der Besitzdiener eine dem Besitzherrn gehörige Sache einem Dritten zum Kaufe an, und nimmt der Dritte den Antrag an, so verliert der Besitzherr den Besitz erst, sobald der Dritte die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat. Leske 358; Bekker, Iherings J. 34 63; v. Staudinger-Kober III 12.

KMG. 3 10: Wenn der Besitzer die Gewalt über die Sache nicht ausdrücklich ausübt, sondern nur noch rechtlich als Besitzer gilt, weil er sie auszuüben in der Lage ist, genügt bloße Kundgebung des Aufgabewillens zum Besitzverlust; sonst ist eine Aufgabehandlung nötig.

2. Brückmann, A.bürgR. **23** 333. Aus § 856 geht nicht hervor: a) der Zeitpunkt, in dem die tatsächliche Gewalt als „verloren" gilt; b) daß dem BGB. der Begriff des Verlustes der tatsächlichen Gewalt über eine Sache identisch ist mit dem der verlorenen Sache selber. — S. u. zu §§ 965 ff.

3. Abs. 2 greift nur bei unfreiwilliger Verhinderung Platz. Für Überlassung des unmittelbaren In-der-Handhabens gelten die §§ 855, 868. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 87.

§ 857. Kreß, Erbengemeinschaft 30 ff.: Besitz der Miterben an den Nachlaßgegenständen. Übergang des Besitzes auf die Rechtsnachfolger der Miterben (31 ff.). Besitzschutzklagen der Miterben (34 ff.).

Über Einwirkung auf das Strafrecht vgl. **RG.**, ThürBl. **50** 220.

§ 858. Verbotene Eigenmacht liegt nicht vor, soweit die Zustimmung des Besitzers vorliegt oder doch der Handelnde aus dem Verhalten des Besitzers auf solche Zustimmung rechnen durfte. A. A. die gemeine Meinung, insbesondere Dernburg a. a. O. 67 Nr. 7, der sich lediglich mit der Feststellung der objektiven Tatsache, daß der Handelnde ohne den Willen des Besitzers handelte, begnügt. Hat deshalb jemand in Ausübung eines Rechtes an der Sache dem Besitzer den Besitz entzogen oder ihn im Besitze gestört, und durfte er annehmen, daß der Besitzer einverstanden sei, so liegt verbotene Eigenmacht nicht vor; insoweit kann der Beklagte im Besitzprozesse das Recht auf Entziehung oder Störung geltend machen (§ 863), und insoweit kann auch gegen dieses Recht eine Widerklage (ZPO. § 33) im Besitzprozeß erhoben werden. Bunsen 71 ff., 76, 77.

Verschulden ist kein Erforderuis der verbotenen Eigenmacht, nur die Schadensersatzpflicht hängt davon ab. Leske 360 Anm. 10. Ebenso OLG. **6** 256 (KG.).

Eine rechtmäßige Beschlagnahme bedeutet eine Störung oder Entziehung des Besitzes, stellt aber nie verbotene Eigenmacht dar. Eine unrechtmäßige Beschlagnahme ist verbotene Eigenmacht. Mothes, Die Beschlagnahme 108.

RG. 55 55, JW. **03** Beil. 102: Verbotene Eigenmacht setzt nicht voraus, daß die Handlung einem besonderen Verbotgesetz zuwiderläuft, noch daß Störung beabsichtigt oder als Folge der Handlung vorausgesehen war (d. i. Verschulden).

OLG. **6** 254 (Rostock): Wenn der Pächter einer Jagd auf fremdem Grundstück einem Dritten die Ausübung der Jagd gestattet, so macht sich der Dritte durch Ausübung der Jagd verbotener Eigenmacht schuldig.

§ 859. 1. Dem mittelbaren Besitzer steht ein Selbsthilferecht nicht zu. Leske 361 z. 3; Denkschr. 114; Prot. II 3736; v. Staudinger-Kober III 25; Strohal, D. Sachbesitz nach BGB. 51 ff.; Goldmann-Lilienthal 238 Anm. 6,

239. A. M.: Bekker, Iherings J. **34** 68; Gierke, Die Bedeutung d. Fahrnisbesitzes für streitiges Recht 7.

2. Über den Umfang des Selbsthilferechts des Grundstücksbesitzers, wenn ein das Grundstück umgebender Zaun überstiegen wird, vgl. **RG.** JW. **03** Beil. 137.

§ 861. Diese Vorschrift kann nicht mit § 823 Abs. 1 i. Verb. m. § 249 konkurrieren. Wolff, Recht zum Besitze 28.

Der Schuldner genießt auch bezüglich der bei ihm gepfändeten Sachen den Besitzesschutz, nur nicht dem Gerichtsvollzieher gegenüber. Gläubiger und Gerichtsvollzieher genießen niemals den Besitzesschutz; der Staat genießt ihn im Falle des § 808 Abs. 1 ZPO. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 85 ff., 96.

§ 862. Der Anspruch ist gegen denjenigen gegeben, der den Besitzer im Besitze gestört hat, auch wenn der Störer im Auftrag eines anderen handelte. Leske 364 u. Anm. 5 das.

§ 863. OLG. 6 254 (Rostock): Wenn der Dritte, dem der Pächter einer Jagd auf fremdem Grundstücke deren Ausübung gestattet hat, von dem Eigentümer wegen der Ausübung der Jagd aus § 858 in Anspruch genommen wird, so kann er sich nicht auf das obligatorische Recht zur Ausübung berufen.

§ 864. **RG.** JW. **03** Beil. 105: Die Frist ist als Ausschlußfrist auf Streitigkeiten, die vor dem 1. 1. 00 begangen sind, unanwendbar.

Abs. 2. „Recht an der Sache" im Sinne dieses Paragraphen ist auch ein obligatorisches Recht. Wolff, Recht zum Besitze 9 (wo Literatur).

Es genügt ferner, daß der Beklagte ein Besitz- (oder Störungs-) recht gegen einen Dritten hat, der dem Kläger gegenüber besitzberechtigt ist, wofern nur beide Rechte rechtskräftig feststehen (Analogie der §§ 986, 1004 Abs. 2). Wolff a. a. O. 27.

§ 865. (Vgl. JDR. **1** § 865 zu Ziff. 2.) Über den Besitz am Inhalte des Schrankfaches einer Stahlkammer Wettstein, Kassenschrankfachgeschäft 53 ff. (s. o. zu § 535): Der Fachinhaber hat keinen Besitz an den hinterlegten Papieren, vielmehr steht die tatsächliche Gewalt der Bank allein zu (gegen Wilutzky und Hancke a. a. O. 37). Wenn Hancke ganz richtig bemerkt, der Deponent habe gewissermaßen nur die rechtliche und die Bank die tatsächliche Verfügungsgewalt, so vergißt er, daß bloß die abstrakte, rechtliche Verfügungsgewalt zur Begründung eines Mitbesitzes nicht genügt. Die Bank bekommt vielmehr nach dem Willen der Parteien Detention an dem Schrankfach, und dem Inhaber bleibt von seinem juristischen Besitze nichts als der Name und ein eng umgrenztes Benutzungsrecht (39/40).

§ 867. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 212/213. Der Abholungsanspruch besteht nur in solchen Fällen, wo eine Sache zwar auf ein Grundstück, aber doch nicht in die Gewalt des Grundbesitzers gelangt ist. Die den Abholungsanspruch ausschließende Besitznahme kann in dreifacher Gestalt erfolgen: a) der Grundbesitzer ergreift selbst die tatsächliche Gewalt über die Sache und erlangt dadurch unmittelbaren Besitz, b) ein Besitzdiener ergreift für ihn die tatsächliche Gewalt, und er erlangt hierdurch unmittelbaren Besitz, c) ein Besitzmittler ergreift für ihn die tatsächliche Gewalt, so daß er mittelbaren Besitz erlangt (213/214). Die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt ist keine Willenserklärung, sondern eine private Handlung ohne Äußerungsgehalt (216).

§ 868. 1. Es ist ein konkretes Rechtsverhältnis nötig. Es genügt nicht ein vages „in Relation gesetzt sein", wie dies die Signierung schafft. Vgl. ZPO. § 808. Aber das Rechtsverhältnis braucht nicht durch Vertrag begründet zu sein, wie aus der Erwähnung des „Pfandgläubigers" hervorgeht. Überhaupt

ist kein privatrechtliches Verhältnis erforderlich. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 68, 82.

2. Der pfändende Gerichtsvollzieher wird unmittelbarer Besitzer, der Gläubiger mittelbarer Besitzer ersten, der Schuldner zweiten Grades. Mothes, Die Beschlagnahme 100 ff.

Der Schuldner ist mittelbarer Besitzer der gemäß § 808 Abs. 1 gepfändeten Sachen. Sein Besitzmittler ist der Staat. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 62. Vgl. ZPO. § 808.

Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Nachlaßverwalter sind unmittelbare, Gemeinschuldner, Zwangsverwaltungsschuldner, Erbe sind mittelbare Besitzer, sobald sich der Verwalter in den Besitz gesetzt hat. Mothes, Die Beschlagnahme 99 f.

Auch eine mittelbare compossessio plurium in solidum ist zulässig. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 60.

3. KGBl. **14** 99 (KG.): Durch die Bestimmung des § 868 soll nicht jeder, der einen Mietvertrag als Vermieter abgeschlossen hat, damit „mittelbarer Besitzer" werden.

§ 869. Wegen Besitzschutzes bezüglich gepfändeter Sachen Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 69. Vgl. § 861.

Über die Frage, in welchem Besitze das eingebrachte Gut der Ehefrau steht, siehe JDR. **1** § 1373.

§ 872. Der Geschäftsunfähige kann nicht Eigenbesitzer sein. Wenn daher der Erbe geschäftsunfähig ist, ohne einen gesetzlichen Vertreter zu haben, so sukzediert er in den Eigenbesitz nicht. Wird der Eigenbesitzer geisteskrank, aber nicht unter Vormundschaft gestellt, so verliert er den Eigenbesitz. Breit, Geschäftsfähigkeit 236 ff.

Dittenberger, Schutz des Kindes 103 f., hält jedenfalls selbständigen Erwerb des Eigenbesitzes durch das Kind (einen Geschäftsunfähigen) für unmöglich.

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Der Streit über die rechtliche Natur der dinglichen Einigung und über die Identität des obligatorischen Vertrags und der dinglichen Einigung ist noch nicht ausgekämpft; die Meinungen sind aber durch die im Berichtsjahr erfolgten Veröffentlichungen wesentlich geklärt worden.

Die Bedeutung der durch § 873 Abs. 2 normierten Gebundenheit ist durch Koffkas Abhandlung klargelegt.

Eine Fülle bemerkenswerter Publikationen — die von Sekler mußte dem nächsten Berichtsjahr vorbehalten bleiben — hat die vielumstrittene Lehre von der Vormerkung sehr gefördert; eine Einigung über die juristische Natur der Vormerkung und über ihre Wirkungen ist jedoch noch lange nicht zu erwarten. Zahlreiche treffende Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte liegen über Einzelfragen aus dem Gebiete des Immobiliarsachenrechts vor.

Literatur: Bendix, Zur Auslegung des § 873 BGB. SeuffBl. **68** 193 ff. — Eccius, Zur Frage von der Dinglichkeit der Miete und Pacht. Gruchots Beitr. **46** 572 ff. — Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte. Gruchots Beitr. **47** 51 ff — Förster, Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung R. **03** 53 ff. — Fuchs, Probleme des Sachenrechts. Gruchots Beitr. **46** 549 ff., 840 ff. — Josef, Friedhofsrecht. R. **03** 92. — Koffka, Bindung an den dinglichen Vertrag. Festgabe für Wilke 171 ff. — Kretzschmar, SächsA. **11** 145 ff., 163; **12** 560 und DJZ. **03** 330 ff. und CBlFrG. **4** 320 ff. — Molitor, Obligatorischer Anspruch, dingliche Einigung und Eintragungsbewilligung. R. **03** 57 ff. — Schweitzer, Rechtsnatur und Eintragungsfähigkeit des Rechtes des Hauseigentümers auf Benutzung der städtischen Straße. CBlFrG. **3** 449 ff.

Spieß, Grundstückszusammenlegung in Preußen. CBlFrG. 3 9 ff., 111 ff, 171 ff., 480 ff., 523 ff., 609 ff. — Strecker, Buschs Z. 31 162, 543 ff. — Wolff, Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos geschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf die Rechtsänderung? Gruchots Beitr. 47 26 ff.

§ 873. 1. Dinglichkeit der Grundstücksmiete? — Vgl. o. zu § 571 Note 1 und JDR. **1** Note 1 zu § 571.

Gegen Fuchs, Ausführungen (I 566, 840) über die Dinglichkeit der Grundstücksmiete und -Pacht wendet sich Eccius, Gruchots Beitr. **46** 572 ff. Nach ihm ist das Miet- und Pachtrecht kein absolutes, kein dinglich wirkendes, sondern nur ein relatives, freilich in seiner Wirksamkeit über die Pflicht des ursprünglichen Schuldners hinausgehendes Recht.

Auch das **RG. 54** 235 spricht von dem „seinem Wesen nach persönlichen Mietrecht" und lehnt eine Eintragung des Mietrechts in das Grundbuch ab. Die Vereinbarung der Eintragung eines Mietverhältnisses läßt dessen rechtliches Wesen völlig unberührt und kann ihm nicht ohne weiteres dingliche Eigenschaften verleihen und den Grundbuchrichter nicht veranlassen, die Eintragung zu bewirken. Diese ist vielmehr nur dann möglich, wenn ein wirkliches dingliches Wohnungsrecht vereinbart worden ist.

2. Natur der dinglichen Einigung. (Vgl. JDR. **1** zu § 873 Note 2.)

Während Eccius, Gruchots Beitr. **47** 51 ff., bei der früher schon (vgl. JDR. **1** 527 § 873 Ziff. 2) von ihm verfochtenen Ansicht verbleibt, daß weder die der Eintragung vorangehende Einigung noch die Einigung in Verbindung mit der entsprechenden Eintragung als Verträge, auf welche die Bestimmungen des allgemeinen Teiles des BGB. Anwendung, sei es auch nur entsprechende Anwendung, finden, angesehen werden können, und betont, daß die bloße Einigung überhaupt kein wirksames Rechtsgeschäft, sondern ein rechtlich unerhebliches, erst bei hinzukommender Eintragung mit dieser zusammen zur Bedeutung gelangender Akt sei, so daß die Einigung vor der Eintragung in keiner Hinsicht dem Vertragsrechte des allgemeinen Teiles des BGB. unterstehen könne, bezeichnen Bendix und Förster die dingliche Einigung als Vertrag.

a) Bendix führt a. a. O. und im Bürgerl. R. (2) 582 ff. aus:

α. Die Einigung ist materiell Verfügung; sie ist mithin von dem obligatorischen Grundgeschäft begrifflich verschieden, wenn sie auch äußerlich mit ihm zusammenfallen kann. Das obligatorische Grundgeschäft bindet nur den Willen der Beteiligten, richtet sich nicht unmittelbar auf den Gegenstand des Rechtes. Die Einigung begründet dagegen beim Hinzutritte des behördlichen Aktes der Eintragung die Rechtsänderung sachenrechtlich selbst dann, wenn eine causa überhaupt nicht vorhanden oder wenn sie mangelhaft ist. Daraus, daß die Einigung die Verfügung selbst ist, folgt, daß § 185 mit seinem Konvaleszenzprinzip Anwendung findet; es folgt aber ferner auch daraus, daß aus der Einigung weder auf Erfüllung noch auf Berichtigung einer falsa demonstratio noch sonstwie Klage erhoben werden kann: nur aus dem obligatorischen Kausalgeschäfte kann ein Anspruch geltend gemacht werden. — β. Die Einigung ist ein vollendeter Vertrag. Die allgemeinen Vorschriften über Verträge, z. B. über Geschäftsfähigkeit, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit wegen Willensmängel, über die Zulässigkeit der Vertretung ohne Vertretungsmacht (vgl. KG., KGJ. **22** A 146), gelten auch für sie, soweit sie nicht ihrer Natur nach wegen des Verfügungscharakters (s. o. zu α) hier unanwendbar sind. Diese Ausnahme liegt vor, wenn diese Bestimmungen sich inhaltlich auf rein obligatorische Rechtsgeschäfte beziehen. — γ. Die Einigung ersetzt die Eintragungsbewilligung. Die Eintragungsbewilligung ersetzt die Einigung nicht; diese bildet ja ein materielles Erfordernis der Rechtsänderung. Aber der Grundbuchrichter soll ebensowenig wie in eine Prüfung der Legalität des zugrunde liegenden obligatorischen

Rechtsgeschäfts in eine Prüfung der Frage einzutreten gezwungen sein, ob die Einigung erzielt und ob sie rechtsgültig ist. Die Buchung erfolgt vielmehr behufs Erleichterung der Buchführung und des Verkehrs nach dem formellen Konsensprinzipe regelmäßig schon dann, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Diese Bewilligung des Passivbeteiligten muß für den Grundbuchrichter um so mehr genügen, als das Einverständnis des anderen Teiles der Eintragung auch nachfolgen kann. Aber im Falle der Auflassung, sowie im Falle der Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts darf der Grundbuchrichter die Eintragung nur bewirken, wenn die auch hier erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles schon erklärt ist. In der Einigung liegt also implicite die Einwilligungserklärung, nicht aber vermag letztere die erstere zu ersetzen. Auch der Abs. 2 des § 873 läßt erkennen, daß die Eintragungsbewilligung mit der Einigung nicht identisch ist. Er setzt eine solche in Erklärungen der Beteiligten voraus und erachtet zu ihrer Bindung an die bereits vorliegende Einigung vor der Eintragung die Aushändigung der Eintragungsbewilligung für ausreichend. In dieser Bewilligung liegt lediglich die Zustimmung oder die nochmalige Zustimmung des Berechtigten zu der Rechtsänderung, die Zustimmung des anderen Teiles muß hinzutreten, um die Einigung zu bewirken. Der Grundbuchrichter hat jedoch regelmäßig den Eintrag schon auf die bloße Einwilligung des Passivbeteiligten hin vorzunehmen, ohne das Vorhandensein der Einigung, des materiellen Erfordernisses der Rechtsänderung, zu prüfen. Letztere zielt auf den grundbuchmäßigen Vollzug der Rechtsänderung ab, die Eintragungsbewilligung berührt nicht das Verhältnis der Parteien zueinander, ersetzt vielmehr für den Grundbuchrichter nur die Prüfung dieses Verhältnisses, und auch dies nicht immer, da dort, wo die Einigung aus dem aufzunehmenden Protokoll erhellt, auch die Grundbuchordnung von dem Nachweise der materiellen Einigung nicht absieht. Vgl. aber **RG. 54** 378, **JW. 03** Beil. 80 (abgedruckt unter Ziff. 7 unten zu § 925).

b) Förster begründet die Vertragsnatur der dinglichen Einigung gegenüber den vorgedachten Ausführungen von Eccius und ist auch (im Gegensatze z. B. zu Bendix, vgl. oben zu a α a. E.) der Meinung, daß zwar keine Klage auf Vertragserfüllung, aber doch andere Klagen, beispielsweise gemäß § 1154 Abs. 1 Satz 2, aus der formgerechten Einigung denkbar seien. Er verneint ferner die Frage, ob das BGB. auf dem Gebiete des Liegenschaftsrechts unter Vertrag nur die Einigung in Verbindung mit der Eintragung verstehe, indem er ausführt, daß ein Vertrag sich aus Erklärungen der Beteiligten zusammensetzt, daß der Eintritt des beabsichtigten Erfolges der Erklärungen dagegen nicht zu den Bestandteilen des Vertrags gehört. „Die Eintragung ist nicht die Beurkundung von Erklärungen der Beteiligten, sondern ein amtlicher Akt, dessen Vornahme nicht lediglich von dem Willen der Beteiligten abhängt. Dieser Akt kann unmöglich Bestandteil eines Vertrags sein".

3. Bedarf das Kausalgeschäft der Form des Abs. 2? Vgl. JDR. 1 zu § 873 Note 1.

Der Annahme, daß das Kausalgeschäft, sofern es nicht ein Grundstück oder ein Erbbaurecht betrifft, der Form des § 873 Abs. 2 nicht bedürfe, weil diese Form nur für die dingliche Einigung vorgeschrieben sei, widerspricht Wolff. Er legt eingehend dar, daß die dingliche Einigung zwar ein abstraktes, aber kein neben dem Kausalvertrage stehendes Rechtsgeschäft, auch kein Leistungsgeschäft sei, daß sie vielmehr denselben Gegenstand betreffe, wie die in dem Kausalgeschäft über die Rechtsänderung getroffene Vereinbarung, daß sich daher das in dem Kausalgeschäft enthaltene Einverständnis der Beteiligten über die Veränderung des Immobiliarrechts mit der dasselbe Einverständnis enthaltenden dinglichen Einigung decke und deshalb zur Klagbarkeit der Form des § 873 Abs. 2 bedürfe.

Den hiergegen gerichteten Ausführungen von Förster, daß die dingliche Einigung im Sinne des § 873 nicht identisch sei mit dem obligatorischen Vertrage, der die Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung enthalte, daß daher der obligatorische Vertrag unter der allgemeinen Regel der Formfreiheit stehe, antwortet Wolff:

Förster glaubt diese Ansicht durch die Ausführung widerlegen zu können, daß die Einigung zu dem Kausalgeschäft in dem Verhältnisse der Verfügung zu der obligatorischen Vereinbarung, eine Verfügung, zu treffen, stehe, daß durch das Kausalgeschäft nur das Versprechen gegeben werde, ein Immobiliarrecht zu verändern, durch die dingliche Einigung aber diese Veränderung vollzogen werde. Er übersieht aber, daß die Änderung des Immobiliarrechts nicht durch die Einigung, sondern nur durch die auf Grund des Einverständnisses der Beteiligten erfolgte Eintragung geschehen kann, daß daher die Einigung nicht schon die Verfügung ist.

Bendix teilt auch hier die Förstersche Ansicht; er sagt: Der Unterschied zwischen dem nur den Willen der Beteiligten ergreifenden obligatorischen Grundgeschäfte, welches auch ein einseitiges, beispielsweise eine Vermächtnisanordnung, sein kann, und der auf die Rechtsänderung unmittelbar gerichteten dinglichen Einigung ergibt, daß die für die letztere erlassenen Formvorschriften sich auf das obligatorische Rechtsgeschäft beziehen können.

4. Die Widerruflichkeit des Abs. 2 und der unwiderrufliche obligatorische Vertrag. Vgl. auch u. Note 8.

Molitor stellt die Meinungen einander gegenüber, die sich über die Frage gebildet haben, wie sich mit der im Abs. 2 des § 873 ausgesprochenen Widerruflichkeit der formlos abgegebenen Erklärungen der Grundsatz vereinigen lasse, daß der vorausgegangene obligatorische Vertrag, auch wenn formlos abgeschlossen — von besonderen Ausnahmen abgesehen — ein Klagrecht bereits begründe, also die Widerruflichkeit ausschließe. Er kämpft gegen die Wolffschen Ausführungen — ebenso Eccius a. a. O. 52 — und hebt hervor: Der obligatorische Vertrag ist nicht als Vorvertrag zu der auf die Rechtsänderung gerichteten Einigung aufzufassen; er ist ein selbständiger, eine klagbare Verpflichtung auf Leistung begründender Hauptvertrag. Von einer Identität des obligatorischen Vertrags und der dinglichen Einigung sei keine Rede, wenn auch tatsächlich beide Rechtsgeschäfte nicht selten zu einem Akte verbunden werden. Die Einigung habe Erfüllungscharakter, deshalb entbehre sie der Klagbarkeit. Die Eintragungsbewilligung sei für den materiellen Bestand der Rechtsänderung bedeutungslos. Der nur anscheinende Widerspruch zwischen der regelmäßigen Klagbarkeit des formlosen obligatorischen Vertrags, der sogar schon eine Vormerkung mit dinglichen Wirkungen gestatte, und der Unverbindlichkeit der dinglichen Einigung habe seine Berechtigung darin, daß gegen die Klage aus dem obligatorischen Vertrage der Verpflichtete alle Einwendungen, welche sich auf den Rechtsgrund der Verpflichtung beziehen, geltend machen könne, ein Schutzbedürfnis gegen Übereilung daher nur in Ansehung der abstrakten dinglichen Einigung bestehe.

5. Inhalt der Einigung und Eintragungsbewilligung. Vgl. JDR. **1** zu § 873 Note 4, 5.

Kretzschmar hebt (wie Bendix, s. oben Ziff. 2 a α) hervor, daß der rein obligatorische, die Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung oder Unterlassung begründende Vertrag von der Verfügung, durch welche die Rechtsänderung unmittelbar bewirkt wird, scharf zu scheiden sei. Die Einigung des § 873 setzt nach ihm nur das Einverständnis der Beteiligten darüber, daß eine bestimmte Rechtsänderung erfolgen solle, nicht auch ein Einverständnis über den Rechtsgrund der Änderung voraus (SächsA. **11** 145, 149, 163). Die der Eintragung vorausgehende dingliche Einigung schließt die Eintragungsbewilligung

in sich; bezweckt der Inhalt der Erklärung des Berechtigten nicht die Bewilligung der Eintragung der Rechtsänderung, so liegt keine dingliche Einigung, sondern nur ein obligatorischer Vertrag vor (165f.). Dagegen Strecker 162, 543f.

Die Auflassung als solche begründet keine Verpflichtung, die dingliche Einigung stellt sich als ein bloßes Vollziehungsgeschäft (s. oben Molitor) dar; nur aus dem zugrunde liegenden obligatorischen Vertrage kann der Veräußerer in Anspruch genommen werden. Kretzschmar a. a. O. **12** 560.

6. Schweitzer: Das Recht des Hauseigentümers auf Benutzung der städtischen Straße beruht für das Gebiet des preußischen ALR. I 6 auf einem stillschweigenden Vertrag (**RG.** **7** 213, **37** 252, **44** 282). Ohne Eintragung auf das Blatt des Straßengrundstücks kann eine Grundgerechtigkeit nicht entstehen. Aus dem Vertrag allein erwächst das obligatorische Recht des derzeitigen, für den Fall des Eigentumswechsels aber nach § 328 des späteren Hauseigentümers, von der Stadtgemeinde die Benutzung der Straße und, wenn die vertragsmäßige Benutzung durch Straßenänderungen im öffentlichen Interesse verhindert oder dauernd erheblich erschwert wird, Schadensersatz zu fordern. Ein dingliches Recht entsteht ohne Eintragung nicht.

7. Josef: Der Erwerb des Eigentums an einem Kirchhof erfolgt durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch. Der Erwerb dinglicher Rechte an einem Friedhofe regelt sich im allgemeinen nach BGB. Zur Erlangung eines dinglichen Rechtes an einem Erbbegräbnis ist Einigung und Eintragung notwendig. Vgl. dazu OLG. **8** 123 (KG.).

8. Die Gebundenheit nach Abs. 2. S. auch o. Note 4.

Bendix a. a. O. hebt hervor, daß die bindende Kraft der Einigung von Erfüllung der Formvorschriften des Abs. 2 nur dann abhängt, wenn die Buchung noch nicht erfolgt ist. Auch die formlose Einigung führt in Verbindung mit der — ihr vorausgehenden oder nachfolgenden — Buchung die Rechtsänderung herbei.

Die Bedeutung der durch Abs. 2 des § 873 normierten Gebundenheit ist nicht darin zu finden, daß dem Empfänger ein klagbarer Anspruch auf Nachholung der Förmlichkeiten zu geben sei, die nach den Vorschriften des BGB. zur Eintragung der dinglichen Rechtsordnung noch fehlen, (so Fuchs, Grundbuchrecht 64) weil ein Leistungsanspruch auf Grund eines rein dinglichen Vertrags nicht konstruierbar ist. Die Wirkung der Gebundenheit besteht vielmehr in dem Ausschlusse des Rechtes des Widerrufs, nur nicht beschränkt auf den ausdrücklichen, sondern auch ausgedehnt auf den konkludenten Widerruf. Ein solch konkludenter Widerruf liegt aber auch vor, wenn der Veräußerer ein mit dem gewährten Rechte kollidierendes anderes Recht auf einen anderen überträgt. Indem der Veräußerer zu allen diesen konkludenten Widerrufshandlungen infolge seiner Gebundenheit an die Einigung nicht mehr berechtigt ist, unterliegt er hinsichtlich des Grundstücks zugunsten des Erwerbers einer Verfügungsbeschränkung, für welche die Bestimmungen der §§ 892 Satz 2 und 135 BGB. und 13 KO. maßgebend sind. Koffka 171ff.

9. Die Frage, ob die Verpfändung eines Anteils an einer Erbengemeinschaft durch einen der Miterben oder seine sonstige Verfügung darüber im Grundbuch eintragbar sei, ist von Mothes, CBlFrG. **2** 697, 866 und von Scherer, CBlFrG. **3** 218 verneint, dagegen von Grohmann, CBlFrG. **3** 822ff. bejaht worden.

10. Aus der Praxis:

a) **RG.** DJZ. **03** 573: Das Eigentum an Grundstücken geht nicht schon durch die Auflassung allein, sondern erst durch die auf Grund der Auflassung erfolgende Eintragung des Erwerbers über. Es ist nicht anzunehmen, daß Auflassung und Eintragung ein einheitlicher Akt sei, es ist vielmehr möglich, daß in der Zwischenzeit Dritte durch Eintragung dingliche Rechte an dem Grundstück erwerben. Die

bloße dingliche Bindung der Kontrahenten hat nicht die Kraft einer Verfügungsbeschränkung. Steht der sofortigen Eintragung des Erwerbers ein Hindernis entgegeu, so hat der Grundbuchrichter von Amts wegen für den Schutz des Erwerbers zu sorgen. — Es kommt weder auf den Namen, den der Grundbuchrichter wählt, noch darauf an, ob er die Vorschriften darüber, in welche Abteilung die Eintragung gehört, richtig befolgt, wenn sich nur aus dem Inhalte der Eintragung ergibt, zur Sicherung welcher Art von Rechten dieselbe dienen soll und der Sicherungszweck durch sie erreicht wird. Die Vorschriften des § 18 GBO. sind nur Ordnungsvorschriften, deren Verletzung materielle Rechtsnachteile nicht nach sich zieht.

b) **RG. 54** 362 ff., JW. **03** Beil. 76: In den Regelfällen, wo nach § 873 eine Berechtigung nur durch Eintragung in das Grundbuch verlangt werden kann, muß der Berechtigte als solcher eingetragen sein, um die Einigung, wirksam vornehmen zu können. Die Verfügung eines Nichteingetragenen, also Nichtberechtigten, kann aber nach § 185 wirksam werden. Wird eine Hypothek, bei welcher die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist, von dem eingetragenen Gläubiger einem anderen zum freien Eigentum abgetreten und ihre Umschreibung auf den neuen Gläubiger bewilligt, so ist, wenn nicht etwas anderes erhellt oder nachgewiesen wird, in diesen Erklärungen auch die Einwilligung zu Verfügungen des neuen Gläubigers enthalten, die er vor der Umschreibung der Hypothek vornehmen wird. — Die Praxis hat sich bereits des § 185 bemächtigt, um den sich aus § 873 ergebenden Eintragungszwang zu mildern (363). — § 185 kann dazu dienen, die Eintragung des durch die Verfügung Begünstigten dann zu erübrigeu, wenn zum Erwerbe der Berechtigung nach § 873 Eintragung erforderlich ist (366/67); nämlich im Falle, daß der eingetragene Berechtigte einem Anderen Auflassung oder Umschreibungsbewilligung und zugleich seine Zustimmung zu einer weiteren Verfügung des Anderen erteilt, kann der Andere die weitere Verfügung wirksam vornehmen, ohne sich vorher durch Eintragung zum Berechtigten zu machen. Vgl. auch o. zu § 185 Note 1 u. JDR. **1** zu § 185 Ziff. 2; vgl. auch zu § 873 Note 6.

c) **RG. 54** 340, JW. **03** Beil. 126: Die Auflassung führt die dingliche unwiderrufliche Bindung der Beteiligten herbei, aber fertig wird das dingliche Recht (das Eigentum) erst durch das Zusammentreffen von Auflassung und Eintragung und der Erwerb kollidierender dinglicher Rechte (auch der durch Zwangsvollstreckung vermittelte) scheitert nur an fertigen entgegenstehenden dinglichen Rechten. Der eingetragene Eigentümer kann daher, nachdem er das Grundstück einem andern aufgelassen und die Auflassungserklärung dem Grundbuchamte zur Eintragung des Eigentumswechsels eingereicht hat, solange letztere noch nicht erfolgt ist, über das Grundstück (z. B durch Belastung) verfügen.

d) OLG. **5** 418 (Jena): Eine von dem noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Veräußerer erklärte Auflassung wird mit der nachträglichen Eintragung desselben wirksam.

OLG. **5** 419 (KG.): Die vom Nichteigentümer erklärte Bewilligung einer Hypothekeintragung ist wirksam, wenn der Berechtigte einwilligt.

e) SächsOLG. **24** 67, OLG. **6** 262 (Dresden): Die Eintragung einer Sicherungshypothek zwischen Auflassung eines Grundstücks und Eintragung des Eigentumsüberganges ist auch dem Erwerber des Grundstücks gegenüber wirksam.

f) OLG. Dresden, CBlFrG. **3** 752: Der Verzicht auf Geltendmachung eines Rechtes aus einer nicht voll valutierten Eigentümerhypothek gegenüber den nachstehenden Hypothekengläubigern bedarf nicht der für das dingliche Recht an Grundstücken vorgeschriebenen besonderen Formen.

§ 874. Kretzschmar, SächsA. **11** 65 f., hebt hervor, daß die Urkunde über das grundlegende Rechtsgeschäft von der Eintragungsbewilligung zu unterscheiden ist. Eine Bezugnahme in der Eintragungsbewilligung auf den Inhalt dieser mitüberreichten Urkunde ist nur insoweit zulässig, als die näheren Bestimmungen in der Eintragungsbewilligung selbst enthalten sind. Der wesentliche Inhalt des Rechtes, die Art des Rechtes, muß aus der Eintragung selbst sich ergeben; das gilt auch für die Bedingung oder Befristung, welche eine Beschränkung des Rechtes selbst darstellt, wenn sie gegen Dritte wirken soll.

RG. 50 152: Der insbesondere aus § 874 sich ergebende Standpunkt des BGB. ist der, daß von der Eintragung in das Grundbuch ferngehalten werden soll, was durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung als eingetragen gelten kann, und daß es nicht in dem Belieben der Beteiligten liegt, das Grundbuch mit Eintragungen, deren Umfang über das Maß des Notwendigen hinausgeht, zu überfüllen. Eine Beschränkung dieses Grundsatzes enthält § 1115.

RG. 54 88 verneint die Frage, ob bei der Eintragung von Hypotheken über amortisierbare Darlehen die in Gestalt von Zuschlägen zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge auf Antrag in das Grundbuch eingetragen werden müssen.

§ 875. 1. Die ehemännliche Einwilligung in eine Entpfändungserklärung der Ehefrau (§ 1398) muß zur Zeit der Weggabe der Urkunde vorhanden sein, braucht aber nicht der Niederschrift der Entpfändungserklärung voranzugehen. Sachse, DJZ. **03** 25.

Dagegen Breit, DJZ. **03** 154: Richtet die Frau die Entpfändungserklärung an das Grundbuchamt, so genügt es, wenn sie gleichzeitig mit der Zustimmung des Mannes dort eingeht; wird dagegen die Entpfändungserklärung an die Person adressiert, zu deren Gunsten die Erklärung erfolgt, so kann auch die Zustimmung nur dieser Person gegenüber erfolgen und es muß dem Grundbuchamte durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden:

a) daß die Zustimmung einer der im § 182 zum Empfange legitimierten Person gegenüber ausgesprochen bzw. ihr zugegangen ist,

b) daß das Erfordernis der vorherigen Zustimmung (§ 1398) gewahrt ist.

2. Wolff, AzivPr. **91** 371 ff.: Ist nach der ungerechtfertigten Löschung des A eine Hypothek für den schlechtgläubigen B und hiernach eine Hypothek für den gutgläubigen C eingetragen, so erhält A vor C denjenigen Betrag, welchen B vor C erhalten würde; denn der gutgläubige C hat nur das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke nach B, und der schlechtgläubige B steht dem A nach.

3. **RG. 52** 247: Der Hypothekengläubiger wird, wenn das eingetragene Darlehen nicht gegeben und deshalb die Hypothek vom Eigentümer erworben ist, an der Bewilligung der Löschung oder an der Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dadurch nicht verhindert, daß die Hypothek zugunsten eines Dritten gepfändet und diesem überwiesen ist.

§ 878. 1. Reichel, Iherings J. **46** 132, 154, hebt hervor, daß § 878 nicht zugunsten vorgemerkter Ansprüche gilt und nur passiv in Frage kommt, insoweit nämlich die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung enthält.

Philipsen, Die Vormerkung nach dem BGB.: § 878 findet auf die Vormerkung keine Anwendung. Fällt insbesondere der Passivbeteiligte, nachdem die Bewilligung der Vormerkung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung gestellt ist, jedoch vor der Eintragung, in Konkurs, so ist die Bewilligung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

2. **RG. 52** 411, JW. **02** Beil. 45: Die Vorschrift des § 878 bezieht sich nur auf eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene

Erklärung, nicht aber auf die zu solcher Erklärung erforderlichen Zustimmungen anderer Personen (§§ 876, 880 Abs. 2, 3, 1183 BGB., § 27 GBO.).

§ 879. 1. Nach Königsdörffer, SächsA. **13** 186, leidet die Regel des Abs. 1 Satz 1 im Falle des § 1131 Satz 2 keine Anwendung.

2. Das **RG.** hat im Urteile vom 20. Juni 1903 (55 128) die Frage, ob beim Hypothekendarlehen der Darlehnsnehmer im Zweifel verpflichtet ist, dem Darlehnsgeber die Hypothek an erster Stelle zu gewähren, verneint.

§ 880. 1. Zu IDR. **1** Ziff. 6 zu § 880: Auch Staudinger III 68, Leske I 381, Türcke-Riedenführ-Winter III 40 Note 5, Fischer-Henle Note 3 zu § 880 verlangen Eintragung der Rangänderung sowohl bei der zurücktretenden als auch bei der vortretenden Post. Vgl. ferner §§ 11, 12 Abs. 2 der preuß. Justizministerialverfügung vom 20. 11. 1899 und das dieser beigefügte Formular Abtlg. III Nr. 5 Spalte 7, Nr. 7 Spalte 4.

Dagegen sind Schröder, DJZ. **03** 221 und Planck III 105 (3) der Meinung, daß materiell-rechtlich die Eintragung bei dem zurücktretenden Rechte erforderlich und genügend, daß aber die mehrfache Eintragung allerdings empfehlenswert und formell-rechtlich durch die auf Grund des § 1 Abs. 2 GBO. erlassenen Anordnungen der Landesjustizverwaltungen vielfach vorgeschrieben sei.

2. Aus der Praxis. R. **03** 527 (OLG. Colmar): Nicht zur Rangänderung einer Hypothek, sondern nur zum Zurücktreten einer solchen wird die Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstücks verlangt.

OLG. Dresden, SeuffA. **58** 236, OLG. **6** 258. Hat ein Hypothekengläubiger eine der seinigen vorstehende Hypothek mit Erfolg angefochten, so tritt die Rangänderung mit der Rechtskraft dieses Urteils ein. Zur Eintragung bedarf es der Zustimmung des Grundstückseigentümers nicht.

KGJ. **26** A 140 (KG.): Der von dem Eigentümer bewilligten Erweiterung des Inhalts eines Hypothekenrechts kommt, soweit nicht aus der Bewilligung etwas anderes zu entnehmen ist und nicht Rechte Dritter entgegenstehen, begrifflich der Rang des Rechtes selbst zu. Es bedarf daher neben der Bewilligung keiner besonderen Erklärung des Eigentümers über den Rang der Erweiterung und keiner Zustimmung des Eigentümers zu der Einräumung des Vorrechts für die Erweiterung seitens gleich- oder nachstehender Hypothekengläubiger.

KGJ. **26** A 145 (KG.): Bleiben die amortisierten Teile einer Hypothek als Eigentümergrundschuld bestehen, so kann der Vorrang vor diesen abgetragenen Teilen der Amortisationshypothek zugunsten des jeweiligen Restes einer anderen Amortisationshypothek eingeräumt werden. Vgl. IDR. **1** zu § 883 Note 12.

§ 883. 1. Strohal, R. **03** 570: Die Bewilligung einer Vormerkung enthält eine Verfügung im Sinne des § 893.

Philipsen, Die Vormerkung nach dem BGB., sagt über die juristische Natur der Vormerkung: Die Bewilligung der Vormerkung ist keine Verfügung (68). α. Der vorgemerkte Anspruch bleibt nach Eintragung der Vormerkung eine reine Obligation; β. die Vormerkung ist kein Recht, — sie ist ein Grundbuchvermerk, welcher dem persönlichen Anspruch absoluten Schutz verleiht; γ. ein neben dem vorgemerkten Anspruch und der Vormerkung bestehendes selbständiges sicherndes Recht ist zu leugnen (50).

Priester, AbürgR. **22** 143 ff.: Das BGB. verbindet mit der Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung und legt dieser die Wirkung bei, daß eine nach Eintragung der Vormerkung getroffene Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Vgl. über Wesen und Konstruktion der Vormerkung auch IDR **1** zu § 883 Note 1 und unten Note 3.

2. Über die Verschiedenheiten zwischen Vormerkung und Widerspruch handelt ausführlich Priester, A.bürgR. 22 143 ff.

3. Reichel, Iherings J. 46 160, definiert die Vormerkung dahin: Die anwartschaftbegründende vorläufige Eintragung einer künftigen eintragungsbedürftigen dinglichen Rechtsänderung, auf deren Herbeiführung ein Anspruch besteht oder in Aussicht steht. S. auch o. Note 1.

4. a) Bendix, Bürg. R. (2) 177, 592 und R. 02 505 ff.: Nur die persönlichen Ansprüche der im § 883 bezeichneten Art werden durch eine Vormerkung geschützt. Sie ist deshalb zur Sicherung des Rechtes auf Eintragung einer Zwangshypothek aus einem auf Geldzahlung lautenden vollstreckbaren Titel unzulässig. Ebensowenig dient sie zum Schutze desjenigen, der eine Grundstücksveräußerung nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes anficht, gegen Verfügungen des Erwerbers, da auch hier nicht ein Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes am Grundstücke, sondern nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung (RG. 50 124) in Frage steht. Zur Sicherung des Anfechtungsberechtigten ist hier die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Wege der einstweiligen Verfügung zulässig, nicht bloß die Eintragung einer Arrest-Sicherungshypothek, womit dem Gläubiger nicht immer gedient sein wird.

b) Reichel a. a. O. 100 erklärt auch künftig erst zur Entstehung kommende, ja überdies noch bedingte Ansprüche für vormerkbar. A. A. Biermann.

c) Philipsen hebt hervor: Das obligatorische Wiederkaufsrecht kann durch Vormerkung dinglich gesichert werden (9).

5. Philipsen führt weiter aus: Der dritte Erwerber des durch die Vormerkung beschwerten Grundstücks oder Rechtes kann die Einreden geltend machen, welche dem persönlichen Schuldner gegen den Anspruch zustehen (71).

§ 17 KO. gibt dem Konkursverwalter nicht das Recht der Wahl zwischen Erfüllung und Rücktritt vom Vertrage, sondern nur ein Recht der Wahl zwischen Erfüllung und Ablehnung der Erfüllung. § 17 KO. ist nicht anwendbar auf Ansprüche, welche durch Vormerkung gesichert sind, da er nur die Regel, § 24 KO. die Ausnahme von dieser Regel statuiert (58). S. auch JDR. 1 zu § 883 Note 5 Abs. 2.

Die Auflassungsvormerkung ist kein der Versteigerung entgegenstehendes Recht, §§ 28, 37 Zw.Verst.Ges. (61).

Das jus offerendi des § 268 kommt der ratio legis gemäß auch dem vorgemerkten Gläubiger zugute, welcher Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung der dinglichen Wirkung seines Anspruchs beraubt zu werden (62).

Die Rangänderung zwischen zwei Vormerkungen und zwischen einer Vormerkung und einem Rechte am Grundstück ist statthaft nach Analogie des § 880. Soweit es sich um den Rang der Vormerkung einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld handelt, bedarf es jedoch nicht der Zustimmung des Eigentümers (66).

Die Vormerkung nimmt an den Grundsätzen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht teil; doch werden die Voraussetzungen der Eintragung der Vormerkung als vorhanden vermutet (legalia praesumuntur).

Im Falle der Vormerkung zur Sicherung der Bestellung einer Hypothek (§§ 1147, 1133) steht die Gefährdungs- bzw. Hypothekenklage dem Vorgemerkten vor Eintragung der Hypothek nicht zu, — auch dann nicht, wenn er nachweist, daß die Voraussetzungen dieser Eintragung vorliegen (69). Vgl. auch JDR. 1 zu § 883 Ziff. 7 Abs. 1.

Ist der aus der Vormerkung Verpflichtete der Eigentümer des Grundstücks, so wird, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch im Klagewege geltend gemacht wird, das Grundstück dadurch nicht zu einer im Streite befangenen Sache (§§ 265—267, 325, 727 ZPO.) (70).

6. Kretzschmar bespricht, R. **03** 589, die Berücksichtigung und die Wirkung aller Arten der Vormerkungen im Zwangsversteigerungsverfahren. S. auch JDR. **1** Note 6.

7. Die Hypothekenvormerkung kann nach Oberneck, Gruchots Beitr. **47** 323 nicht Gegenstand der Eigentümerhypothek sein, sie ist kein dingliches Recht. Vgl. JDR. **1** Ziff. 7 Abs. 2 zu § 883, ebenso Reichel a. a. O. 121. Dagegen ist Othmer, A.bürgR. **23** 169, der entgegengesetzten Meinung: Da die vorgemerkte Hypothek ein Recht am Grundstücke — die endgültige Hypothek selbst mit Ausschluß der Vermutung des § 891 BGB. — ist, so greifen auf sie die Vorschriften über Eigentümerhypotheken in vollem Umfange Platz. S. auch u. zu § 1163.

8. Während die herrschende Ansicht (vgl. auch Kretzschmar, SächsA. **11** 188) die Zustimmung des Gläubigers der nach der Vormerkung eingetragenen Hypothek dazu fordert, daß der Vorrang der durch die Vormerkung gesicherten Hypothek vor seiner Hypothek eingetragen wird, ist Reichel a. a. O. 115, 119, dafür eingetreten, daß die Rangwahrung ipso iure eintritt, indem die Definitiveintragung in den locus der Vormerkung ipso iure einrückt, daß daher ein Verfahren nach § 888 überflüssig sei.

9. Aus der Praxis:

RG. 55 270 ff.: Durch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf schulden- und lastenfreie Abtretung des Eigentums von Grundstücksteilen wird ein persönlicher Anspruch auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke mit den Wirkungen dinglich gesichert, daß Verfügungen, die nach Eintragung der Vormerkung getroffen werden, insoweit unwirksam sind, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden und daß der Rang des Rechtes, dessen Einräumung gesichert werden soll, sich nach der Eintragung der Vormerkung richtet. Die Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke wird durch dessen Eintragung in das Grundbuch vollzogen. Hieraus folgt, daß nur solche Ansprüche Gegenstand einer Vormerkung sind, die ihre Erfüllung in einer endgültigen Eintragung finden können. Anderen als den nach §§ 873, 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191 und 1199 eintragungsfähigen Rechten ist das Grundbuch seit dem 1. 1. 00 selbst dann verschlossen, wenn sie unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes wirksam vorgemerkt waren; solche Vormerkungen sind gegenstandlos und löschungsreif.

RG. JW. **03** Beil. 116: Was nicht eingetragen werden darf, kann auch nicht Gegenstand einer Vormerkung sein. Die Vormerkung eines zur Zeit nicht mehr eintragungsfähigen Rechtes ist zur Löschung reif und ohne dingliche Wirkung.

OLG. 6 123 (KG.): Die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, an Stelle einer Vormerkung keine Hypothek zu bewilligen oder der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek nicht zuzustimmen, ist als Verfügungsbeschränkung nicht eintragbar.

KGJ. 25 A 168, OLG. 6 150 (KG.): Die Verpflichtung des Eigentümers, eine Hypothek, falls sie ihm zufällt, dem Gläubiger für eine andere Forderung zu bestellen, kann vorgemerkt werden.

§ 885. 1. a) Reichel a. a. O. 161—171 unterscheidet:

a) bewilligte Vormerkung, wozu auch die Zwangsvormerkung aus § 895 ZPO. zu zählen ist,

b) verfügte Vormerkung, d. h. auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragene,

c) angeordnete Vormerkung (aus § 76 GBO.),

d) Offizialvormerkung (aus § 18 Abs. 2 GBO.).

Unter Widerruf seiner in Jherings J. **46** 173 vertretenen gegenteiligen Ansicht hebt er hier ferner hervor, daß bei der Eintragung der Vormerkung auch

auf den Inhalt der einstweiligen Anordnung des Beschwerdegerichts aus § 76 GBO. Bezug genommen werden kann. Vgl. JDR. 1 Ziff. 4 zu § 885.

b) Kretzschmar, SächsA. 11 43: Der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung (oder eines Widerspruchs aus § 899) auf Grund einer einstweiligen Verfügung muß binnen der im §§ 929 Abs. 2, 936 ZPO. bestimmten zweiwöchigen Frist gestellt werden; denn als Vollziehung gilt nach § 932 Abs. 2 ZPO. der Antrag auf Eintragung. Derselbe bejaht die Frage, ob die erfolgte Abtretung, Verpfändung oder Pfändung des durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs im Grundbuche verlautbart werden kann (201). — Ebenso Reichel a. a. O. 174.

c) Priester, AbürgR. 22 143 f.: Die Voraussetzungen, von welchen das Gesetz eine vorläufige Eintragung abhängig macht, sind für den Widerspruch regelmäßig die gleichen, wie für die Vormerkung (§§ 885, 899); beide werden auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen, zu deren Erlaß, abweichend von ZPO. §§ 917, 936, jedoch Glaubhaftmachung der Rechts- oder Anspruchsgefährdung nicht erforderlich ist. Die Eintragung findet aber auch auf Grund der Bewilligung des passiv Beteiligten statt (§§ 885 Abs. 1 Satz 1, 899 Abs. 2 Satz 1; GBO. § 19; ZPO. § 895), in gewissen Fällen (GBO. §§ 18 Abs. 2 Satz 1, 23 Abs. 1, 24, 54, 76 Abs. 1) von Amts wegen: a) gemäß dem Prioritätsprinzip bei konkurrierenden Anträgen, b) bei Widerspruch des Rechtsnachfolgers gegen Löschung von eingetragenen Rechten auf Lebenszeit, c) auf Anordnung des Beschwerdegerichts; d) auf den einseitigen Antrag des Eigentümers endlich im speziellen Falle des § 1139.

2. KGJ. 25 A 161 (KG.): Die Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung einer Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, kann lediglich auf die Bewilligung und den Antrag des Grundstückseigentümers erfolgen; der Bewilligung des Hypothekengläubigers bedarf es nicht.

OLG. Posen, PosMschr. 03 131: Auch bei den auf Grund der §§ 648, 885 BGB. durch einstweilige Verfügung angeordneten Vormerkungen ist § 939 ZPO. anzuwenden. Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung rechtfertigende „besondere Umstände" sind bei solchen Vormerkungen, sofern sie vertretbare Leistungen zum Gegenstande haben, dann gegeben, wenn es sich nicht um eine beabsichtigte dauernde Belastung des Grundstücks handelt, der Sicherungszweck vielmehr nur ein vorübergehender ist.

OLG. Dresden, SächsA. 13 589: Der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek kann durch eine Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden.

§ 887. Bloße Aufenthaltsunbestimmtheit genügt zwar nicht, kann aber unter Umständen zur Identitätsungewißheit führen. Reichel a. a. O. 179. A. A. Biermann.

Nach Planck III 124 (3) genügt es nicht, wenn lediglich der Aufenthalt des der Person nach bekannten Gläubigers unbekannt ist.

§ 888. Philipsen a. a. O. 56: Nur der Vorgemerkte kann die Unwirksamkeit des Erwerbes eines Rechtes geltend machen, nicht ein Dritter — gegen Fuchs. Vgl. JDR. 1 Ziff. 1 zu § 888.

RG. 53 28 ff., JW. 03 36: Dem neuen Eigentümer, der auf Erteilung seiner Zustimmung aus § 888 in Anspruch genommen wird, stehen auch Einreden aus dem persönlichen, der Vormerkung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zu, um mit ihnen — der persönlich Verpflichtete mag die Bewilligung zur Eintragung des der Vormerkung entsprechenden Rechtes freiwillig erteilt haben oder zu ihr rechtskräftig verurteilt sein — die Erteilung der Zustimmung zu verweigern. Es fällt daher jeder Grund dafür fort, die Inanspruchnahme erst dann zuzulassen, wenn der persönlich Verpflichtete seine Einwilligung erteilt hat oder zu ihr

verurteilt ist. Es steht somit in der Wahl des vorgemerkten Berechtigten, ob er zuerst den persönlich Verpflichteten auf Erteilung der Bewilligung der Eintragung oder zuerst den Eigentümer auf Erteilung seiner Zustimmung in Anspruch nehmen will. Vgl. CBlFrG. 3 622 ff.

§ 890. 1. Königsdörffer, SächsA. **13** 45 f.: Es steht dem Eigentümer frei, zu bestimmen, ob eine Vereinigung oder eine Zuschreibung eintreten soll. Für die Zuschreibung folgt aber aus dem Begriffe des Bestandteils (§ 93), daß er seine Bestimmung darüber, welches Grundstück das zugeschriebene sein soll, nicht im offenen Widerspruche mit diesem Begriffe treffen darf. Das Grundbuchamt hat daher, wenn die Bestimmung des Eigentümers mit den Begriffen der Hauptsache und der Bestandteile nicht zu vereinen ist, die beantragte Eintragung abzulehnen.

Ebenso heben Kretzschmar, SächsA. **11** 11 und Dennler, SeuffBl. **66** 295, hervor, daß es lediglich vom Willen des Eigentümers abhängt, welche Art der Verbindung Platz greift. Letzterer sagt über die Verschiedenheiten der Vereinigung (Abs. 1) und der Hinzuschlagung (Abs. 2): bei der Vereinigung verschwinden die sämtlichen bisher selbständigen Grundstücke und bilden fortan lediglich Bestandteile des neuen Grundstücks; bei der Zuschreibung gehen die Nebengrundstücke in dem Hauptgrundstück als dessen Bestandteile durch eine Art Einverleibung auf.

2. Hinsichtlich der Wirkungen betont Königsdörffer a. a. O. 47 ff., daß die Wirkungen beider Arten der Verbindung für die Zukunft die gleichen sind (vgl. § 6 GBO.). In Ansehung der bereits vorhandenen Belastungen treten Wirkungen nur bei der Zuschreibung ein und auch bei dieser nur bezüglich der Hypotheken, Grund- und Rentenschulden gemäß §§ 1131, 1191, 1199.

3. Nach LG. Dessau, ThürBl. **03** 126, erfordert § 890 eine spezielle, die Eintragung der Grundstücksvereinigung besonders bewilligende und beantragende Erklärung des Berechtigten.

§ 891. 1. Nach Meyer, R. **03** 38 ist es unrichtig, daß, wenn eine Hypothek gelöscht ist, nach §§ 891, 1138 eine Vermutung dafür spreche, daß auch die durch die Hypothek gesicherte Forderung getilgt sei.

2. Die Rechtsvermutung des § 891 behält, wie Frey, CBlFrG. **3** 559, hervorhebt, trotz der Eintragung eines Widerspruchs ihre Kraft. Vgl. IDR. **1** zu § 891 Note 2.

3. Kretzschmar, SächsA. **11** 168 ff.: Die Vermutung des § 891 hat nicht bestimmte Tatsachen, sondern das Bestehen des Rechtes zum Gegenstande; sie schließt die Vermutung der ordnungsmäßigen Entstehung und damit zugleich die der stattgehabten dinglichen Einigung in sich. Der Eigentümer entkräftet also die Vermutung des Bestehens einer Hypothek nicht durch Bezugnahme auf die Grundakten, nach denen die Hypothek auf seine einseitige Bewilligung eingetragen ist, er muß vielmehr das Sachverhältnis aufdecken und darlegen, daß eine Einigung nicht stattgefunden hat.

4. Der Meinung Dernburgs (§ 48 Ziff. 8), daß die Anwendung des § 891 ausgeschlossen sei, wenn das in Anspruch genommene Grundstück auf verschiedenen Grundbuchblättern und verschiedene Eigentümer dort eingetragen sind, pflichtet jetzt Planck (3) III 132 Anm. 5b bei, weil die widersprechenden Eintragungen sich gegenseitig entkräften, so daß für keine von ihnen eine Vermutung streitet. Ebenso Turnau-Förster I 410 Erl. IV; Oberneck 207; Biermann 77.

§ 892. 1. Zu der in IDR. **1** unter Ziff. 4 zu § 892 behandelten Streitfrage äußert sich Kretzschmar, Die unrichtige Buchung von Grundstücken, R. **03** 327 ff., dahin: Die Bezeichnung des Gegenstandes der im Grundbuch eingetragenen Rechtsverhältnisse wird durch das Flurbuch vermittelt; sie ist an

und für sich eine Angabe tatsächlicher Natur, auf die sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs **nicht** mit erstreckt. Da aber das Grundbuch zur Beurkundung der die Grundstücke betreffenden Rechtsverhältnisse bestimmt ist und das Grundstück durch Eintragung auf einem bestimmten Grundbuchblatt als den daselbst eingetragenen Rechtsverhältnissen unterliegend ausgewiesen wird, gilt ein in Natur vorhandenes Grundstück nach § 891 Abs. 1 als Eigentum der auf dem betr. Blatte als Eigentümer vermerkten Person, und bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums erlangt der Erwerber des Grundstücks gemäß § 892 Eigentum an den sämtlichen Flurstücken, die auf dem Blatte des Grundstücks als dessen Bestandteile aufgeführt sind. Ebenso ergreift das einem Dritten an dem Grundstücke bestellte begrenzte Recht diese sämtlichen Flurstücke. Das alles gilt auch für den Fall der sogen. Parzellenverwechslung. (S. auch u. zu § 894 Ziff. 1).

Auch A. **Neumann**, Gruchots Beitr. **48** 38 vertritt die Meinung, daß den Katasterangaben im Grundbuch, als tatsächlichen Mitteilungen, der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zusteht, und bekämpft die Entsch. d. KG. vom 20. 10. 02 in KGJ. **25** A 106.

Daß der öffentliche Glaube und die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs nicht dessen tatsächliche Angaben betrifft, nimmt auch OLG. Stuttgart, WürttJ. **13** 166 an.

2. Über die **Doppelbuchung** (vgl. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 892) sagt **Kretzschmar** a. a. O. 328: Wenn eine Parzelle auf verschiedenen Blättern des Grundbuchs gebucht ist und keiner der auf den Blättern eingetragenen Eigentümer sein Recht von dem anderen ableitet, steht das Eigentum demjenigen zu, der nach allgemeinen Grundsätzen und unter Beiseitelassung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs sich als Eigentümer ausweist. Dies gilt sowohl dann, wenn eine veräußerte und auf das für den Erwerber neu angelegte Blatt übertragene Parzelle nicht abgeschrieben wird, als auch für den Fall, daß eine Parzelle aus Anlaß der grundbuchlichen Verlautbarung einer Neunumerierung der Flurstücke nicht bloß auf dem Blatte des Grundstücks, zu dem sie gehört, sondern auch auf einem anderen Blatte eingetragen ist. (S. auch u. zu § 894 Ziff. 1).

3. **Brachvogel**, Gruchots Beitr. **47** 554 ff.: § 892 setzt einen Erwerb durch Rechtsgeschäft voraus und schützt die sogen. gesetzlichen Erwerbsarten, zu denen auch die Fälle des Forderungsüberganges aus §§ 268, 426, 704, 1143, 1150, 1163, 1164, 1173, 1174, 1182 gehören, **nicht**. In diesen Fällen greifen aber, da es sich um Leistungen handelt, die §§ 893, 1138 Platz, und es genießt nach ihnen der Leistende den aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs fließenden Schutz ebenso wie der Erwerber durch Rechtsgeschäft nach § 892.

4. Nicht auf § 892 sich berufen kann nach **Schwarz**, R. **03** 226 f., derjenige, welcher unmittelbar von einem nicht eingetragenen Vorerben nach § 41 GBO. ein zum Nachlasse gehörendes Recht erwirbt, weil das Grundbuch hier über das Recht des Vorerben keine Auskunft gibt. Das Recht des Nacherben ist in den Fällen des § 41 GBO. erst dann durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gefährdet, wenn der unmittelbare Rechtsnachfolger des Vorerben das erworbene Recht an einen gutgläubigen Dritten weiter veräußert.

5. Das aus der Öffentlichkeit des Kirchhofs und aus der Gemeindezugehörigkeit fließende Recht der Gemeindemitglieder in Preußen, eine Begräbnisstätte für sich und ihre Angehörigen auf dem Gemeindekirchhofe zu verlangen, wird dadurch, daß der Kirchhof ohne Willen der Gemeindevertretung den Eigentümer nach § 892 wechselt, ebensowenig beseitigt wie durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren. **Josef**, R. **03** 94.

6. **Kretzschmar** betont in SächsA. **11** 171, daß, da nur wirkliche Kenntnis, nicht auch grobfahrlässige Unkenntnis, die Berufung auf den öffentlichen Glauben

des Grundbuchs ausschließt, von einer Erkundigungspflicht nicht die Rede sein kann.

7. Zu Abs. 2, der die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung für den für die Kenntnis des Erwerbers maßgebenden Zeitpunkt erklärt, macht Förster, R. **03** 351 ff., aus praktischen Erwägungen heraus für die Fälle der Eintragung eines Widerspruchs den Vorschlag, die Zwischenzeit zwischen dem Eingang eines Antrags beim Grundbuchamt und der Eintragung selbst als nicht existierend, die beiden Vorgänge also als zeitlich zusammenfallend anzusehen. Er verweist für seine Meinung, der Gedanke, daß rechtlich der Zeitpunkt der Eintragung mit dem der Stellung des Eintragungsantrags zusammenfalle, dem Gesetze nicht fremd sei, auf § 878 BGB. und auf § 15 KO. Vgl. auch IDR. **1** zu § 892 Note 9.

8. Aus der Praxis. **RG.** IW. **02** Beil. 272: Die Vorschrift des § 892 erstreckt sich nicht auf den Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung.

BayrObLG., R. **03** 210: Die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs nach § 892 hat lediglich den Zweck, den bestehenden Rechtszustand gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu schützen, beschränkt den Schuldner aber nicht in der Verfügung über das Grundstück.

RG. 54 362 ff., IW. **03** Beil. 76: Der § 185 stellt sich ergänzend neben den § 892. Was nach § 892 der redliche Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs, bewirkt nach § 185 die Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten. Vgl. o. zu §§ 185, 873.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 86: Kann ein Anfechtungskläger eine Vormerkung nach §§ 883, 885 erwirken, so steht ihm ein Anspruch auf Erlassung eines Veräußerungsverbots nach § 136 oder einer Verfügungsbeschränkung nach § 892 Abs. 1 Satz 2 nicht zu.

§ 894. 1. Kretzschmar, R. **03** 327: Die Berichtigung der Größenangabe des Grundstücks als einer tatsächlichen Angabe ist keine Berichtigung im Sinne des BGB. und der GBO. Dagegen finden § 894 BGB. und § 22 GBO. auf die Fälle der sog. Parzellenverwechselung (vgl. o. Ziff. 1 zu § 892) und der Doppelbuchung (vgl. o. Ziff. 2 zu § 892) Anwendung.

2. Dem Anspruch auf Berichtigung kann der Beklagte entgegenhalten, daß der Kläger obligatorisch verpflichtet sei, die dem vorhandenen Buchstand entsprechende Rechtsstellung herbeizuführen. Über Tragweite und Grenzen dieser Einrede und Unterschiede zwischen dem falschen Bucheintrag eines Rechtes, auf dessen Begründung ein obligatorischer Anspruch besteht und der Vormerkung eines solchen Anspruchs vgl. Wolff, Recht zum Besitze 24—26.

3. Der Berichtigungsanspruch ist pfändbar, jedoch nicht abtretbar: § 399; er bildet einen untrennbaren Bestandteil des Rechtes und dient dazu, dem Berechtigten die Verfolgung seines Rechtes zu sichern. Kretzschmar a. a. O. 329 u. SächsA. **11** 183/200, **12** 658. Vgl. auch R. **03** 590.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 194, nimmt Unstatthaftigkeit einer Zession des im § 894 gegebenen dinglichen Berichtigungsanspruchs, außer in Verbindung mit dem zugrunde liegenden dinglichen Rechte, jedoch Möglichkeit eines obligatorischen Berichtigungsanspruchs an.

4. a) **RG. 53** 412, IW. **03** Beil. 48: Der Berichtigungsanspruch auf Löschung läßt sich nicht schon durch jede unklare Bezeichnung des vormerkungsweise eingetragenen Rechtes begründen; behebt die der Eintragung zugrunde liegende, im Eintragungsvermerk in Bezug genommene Urkunde die Unklarheit, so kann Löschung nicht verlangt werden.

b) **RG. 54** 85, IW. **03** Beil. 62: Jedes Nicht-in-Einklang-stehen von Grundbuch und Wirklichkeit rechtfertigt die Anwendung des § 894. Ein Berichtigungs-

anspruch ist daher gegeben, wenn zuwider § 48 GBO. die Angabe, daß Miteigentum zu gleichen Teilen zusteht, wie es in Wirklichkeit besteht, fehlt.

c) **RG. 53** 377, JW. **03** Beil. 43: Auf Grund eines bloß persönlichen Rechtes kann keine Grundbuchberichtigung verlangt werden. Nur derjenige, dessen Recht an dem Grundstück oder an einem solchen Rechte nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, kann eine Berichtigung verlangen.

d) **RG. 53** 408, JW. **03** Beil. 47 erörtert die Legitimation zur Grundbuchberichtigung in Ansehung desjenigen, der nicht selbst dinglich berechtigt, aber von dem dinglich Berechtigten dazu ermächtigt ist. Vgl. schon JDR. **1** zu § 894 Note 1.

e) KGJ. **26** A 80, OLG. **7** 28: Der Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs mit der Behauptung, daß bei einer früheren Eintragung eine Urkunde (z. B. ein Testament) unrichtig ausgelegt worden sei, ist als unstatthaft abzulehnen.

f) OLG. **7** 374 (KG.): Ein Widerspruch zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und der wirklichen Rechtslage ist nicht nur dann vorhanden, wenn das Grundbuch von vornherein unrichtig war, sondern auch, wenn es durch den späteren Wegfall eines unanfechtbar eingetragenen Rechtes erst unrichtig geworden ist.

5. a) OLG. **7** 27, SeuffA. **58** 404 (Marienwerder): Wer nach § 894 dem Beeinträchtigten zur Mitwirkung zur Grundbuchberichtigung verpflichtet ist, muß eine zu einer Grundbuchlöschung erforderliche Urkunde, falls die bereits ausgestellte verloren gegangen ist, nochmals ausstellen, weil die Berichtigung des Grundbuchs nur auf diesem Wege herbeigeführt werden kann und die Gesetze demjenigen, dem sie ein Recht geben, auch die Mittel bewilligen, ohne welche das Recht nicht ausgeübt werden kann. S. auch o. zu § 241 Note 1.

b) Nach Schweitzer, a. a. O. ist die Zustimmung ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches nicht die Natur eines dinglichen Anerkenntnisses hat. Die Erklärung kann dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abgegeben werden, zu dessen Gunsten sie erfolgt. §§ 875 Abs. 2 und 878 kommen zur entsprechenden Anwendung. Die Zustimmung ist unwirksam, sobald beim Grundbuchamte nachgewiesen ist, daß das Rechtsverhältnis, dessen Eintragung zugestimmt ist, nicht besteht. Die Zustimmung ist keine Verfügung; nur derjenige darf über die Rechtsposition des Eingetragenseins disponieren, welcher die Verfügung über die eingetragene Rechtsposition hätte, wenn diese der wirklichen Rechtslage entspräche. Der Zessionar des Berichtigungsanspruchs des wahren Eigentümers kann nicht allein auf Grund dieses rechtskräftig erstrittenen Anspruchs in Verbindung mit der Zessionsurkunde sich selbst als Eigentümer eintragen lassen, vielmehr muß die Auflassung des Zedenten an den Zessionar erfolgt sein. A. A. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 942.

§ 895. Thiesing empfiehlt im R. **03** 37 dem Nacherben, um ihn gegen die Gefahren des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zu schützen, von dem Vorerben baldmöglichst nach dem Eintritte der Nacherbfolge nach § 895 zu verlangen, daß dieser sich eintragen läßt, damit das Recht des Nacherben ebenfalls zugleich gebucht wird (§ 52 GBO.).

§ 899. 1. Kretzschmar, R. **03** 589, handelt über die Berücksichtigung und die Wirkung eines im Grundbuch eingetragenen Widerspruchs und die verschiedenen Arten von Vormerkungen im Zwangsversteigerungsverfahren.

2. Auch Planck III 153 Note 2 (3) vertritt die Ansicht, daß der Widerspruch gegen einen Widerspruch und der Widerspruch gegen eine Verfügungsbeschränkung unzulässig sei. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 899.

3. Frey, CBlFrG. **3** 537 ff. (richtig: 557 ff.), hebt hervor, daß der Widerspruch nach § 899 eine im wesentlichen den Vorschriften der ZPO. unterliegende,

eine einstweilige Verfügung im Sinne des § 935 ZPO. darstellende, rein prozessuale vorläufige Maßregel sei, welche zur Zuständigkeit des Prozeßrichters gehöre und der Einwirkung des Grundbuchrichters entzogen sei. Durch den Widerspruch wird weder ein Recht des Widersprechenden am Grundstück erworben, noch das Recht des Betroffenen geändert; der Grundbuchrichter hat Eintragungen und Löschungen vorzunehmen, als ob der Widerspruch nicht vorhanden wäre, auch wenn er aus den aktenmäßigen Unterlagen sich von der Berechtigung der Ansprüche des Widersprechenden überzeugt hat. — Ein eingetragener Widerspruch kann weder im Wege der Grundbuchberichtigung beseitigt, noch kann ein Widerspruch gegen die Eintragung des Widerspruchs verlautbart werden. S. auch JDR. **1** zu § 899 Note 2.

BayrObLG., R. **03** 41: Eine Protestation im Grundbuche dient wie die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs nur zum Schutze des in Ansehung des Grundstücks bestehenden Rechtszustandes, nicht aber dazu, rein persönliche Ansprüche gegen drohende Veräußerung oder Belastung zu sichern. Nur dann, wenn bereits die Anfechtung eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes erfolgt ist, kann die Berufuug darauf, daß dasselbe als nicht bestehend gelte, dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenüber durch Protestation gewahrt werden.

§ 902. Daß, wenn überhaupt jemand als Eigentümer eingetragen ist, der Anspruch des wahren Eigentümers nicht der Verjährung unterliegt, nimmt auch Planck (3) III 160 Anm. a und Turnau-Förster I 266 Erl. 2 an. Vgl. JDR. **1** 549.

Dritter Abschnitt.

Eigentum.

Erster Titel.

Inhalt des Eigentums.

Vorbemerkung: Von den mannigfachen in diesem Titel zusammengeworfenen Bestimmungen haben hauptsächlich der Eigentumsbegriff (Schloßmann, Iherings J 45 289ff.), der Notstand des § 904, der Notweg (Süßheim, Bl. f. admin. Pr.) theoretische Bearbeitung erfahren, während die Praxis für die nachbarrechtlichen Bestimmungen (besonders §§ 906, 907) ergiebig war.

§ 903. Schloßmann, Begriff des Eigentums, Iherings J. **45** 289 ff.: Eigentum ist nicht ein unbeschränktes Machtrecht (389), wie in den meisten Definitionen behauptet wird (vgl. 336 ff.), sondern ein Ausschließungsrecht (338), das sich von anderen Ausschließungsrechten dadurch unterscheidet, daß es nicht wie diese durch einen Zweck begrenzt ist (345). Dinglichkeit bedeutet, daß Rechtsschutz jedem Dritten gewährt ist (389). Nicht richtig ist es, Beschränkbarkeit durch begrenzte dingliche Rechte in die Definition aufzunehmen (355), wie umgekehrt, diese begrifflich nicht ein Eigentumsrecht voraussetzen, sondern auch an herrenloser oder eigener Sache denkbar sind (353 f.); also kein „jus in re aliena“. Die Eigentumsbeschränkungen sind nichts anderes als eine Beschränkung der persönlichen Freiheit aller, projiziert auf den Eigentümer (332); dem stehen Erweiterungen des Ausschließungsrechts (§§ 906, 907, 909—912, 917) gegenüber (369). Das jus recadentiae ist kein Begriffsmerkmal des Eigentums, sondern eine zufällige positive Rechtsregel (372 ff.).

RG. 55 163: Eigentumsbeschränkung öffentlich-rechtlicher Art liegt vor, wenn ein Gendarm ein ihm gehöriges Dienstpferd nach einer bestimmten Instruktion zu benutzen hat.

§ 904. 1. Neumann, Prolegomena §§ 27, 28: Der in Satz 2 dem Eigentümer gewährte Ersatzanspruch ist kein Schadensersatzanspruch im Sinne des § 287 ZPO., sondern ein Entschädigungsanspruch, wie derjenige des Enteigneten. Grund der Entschädigungspflicht ist nicht ein Verschulden des Handelnden, sondern der auf Kosten des Eigentümers der Sache für das gefährdete Vermögen durch die Abwendung der Gefahr erzielte Vorteil. Ersatzpflichtig ist daher nicht der Dritte, welcher den Schaden angerichtet hat, sondern der, zu dessen Gunsten er angerichtet wurde (194 Note).

Diese Bestimmung betrifft Notstandseinwirkung auf neutrale, d. h. nicht gefahrdrohende, wenn auch vielleicht gefahrvermittelnde Sachen.

Doch ist Beschädigung fremder Sachen, die rechtswidrigem Angriffe zum Mittel dienen (Waffe, gehetzter Hund), immer, wem sie auch gehören mögen, Notwehrakt. § 904 gibt Notrecht mit Zwangsbefugnis (nicht nur unter den Voraussetzungen der Selbsthilfe, § 229), auch bei verschuldeter Gefahr, generelles Nothilferecht und legt entsprechende Duldungspflicht auf. Vereitelt der Duldungspflichtige die Einwirkung, so wird er für die dem anderen Teile erwachsenden Nachteile strafrechtlich und zivilrechtlich (§§ 823 ff.) haftbar. Gegen unrechtmäßigen Eingriff hat der Betroffene Notwehrrecht.

Das Einwirkungsrecht ist nicht als Enteignungsrecht aufzufassen.

Die Ersatzpflicht des Einwirkenden ist nicht Deliktsfolge, auch bei verschuldeter Gefahr nicht.

Wer die Einwirkung in der irrigen Annahme vornimmt, daß die für ihre Rechtmäßigkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, ist dem anderen Teile zum Schadensersatze verpflichtet, auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht (Analogie von § 231).

Auch der unzurechnungsfähige Einwirkende ist ersatzpflichtig.

Bei fremder Gefahr haftet der Nothelfer, nicht der Errettete. Der Helfer hat Ersatzanspruch gegen den Erretteten aus §§ 683 ff., bei Hilfe in Lebensgefahr trotz Verbots seitens des Geretteten. Vgl. jedoch o. zu § 679 Note 3.

Der drohende Schaden muß unverhältnismäßig größer sein als der durch die Einwirkung entstehende. Bei dieser Schätznng entscheidet beiderseits das Interesse. Fehler des Gesetzes sind, daß voller Ersatz auch dann zu leisten ist, wenn die mitgefährdete Sache (Zwischenhaus z. B.) zerstört wurde, während vielmehr Schadensverteilung nach Analogie der lex Rhodia am Platze wäre, ferner daß die mitgefährdete und zugleich gefahrvermittelnde Sache (Zwischenhaus) nur zerstört werden darf, wenn sie geringeren Wert hat als die zu schützende Sache, anderenfalls beide zugrunde gehen müssen.

2. Eine Ausnahme von der Ersatzpflicht besteht, wenn die zerstörte mitgefährdete Sache (Zwischenhaus) ohnehin verloren war. Oetker, Notwehr u. Notstand 48—79.

3. Auer, Der strafrechtliche Notstand und das BGB.: Der erst im Entwurfe III in das BGB. eingesetzte § 904 ist einerseits eine Einschränkung des horriblen römischen Eigentumsbegriffs, andererseits ein Anbau an die strafrechtliche Notstandsmaterie, aber nicht die endgültige Lösung des Problems. § 904 enthält den Begriff eines allgemeinen Notrechts gegenüber fremden Sachen; als Unterfall, als Modifikation erscheint § 228; das BGB. dehnt mit seinem Notrechte den Notstandsbegriff des StGB. nicht „analog aus“ (v. Liszt), sondern berechtigt gewisse Handlungen, die infolgedessen straflos gelassen werden müssen.

Das Notrecht des BGB. schützt zwar alle Rechtsgüter, nicht nur „Leib“ und „Leben“, wie das Strafrecht, läßt Nothilfe jedes Nächsten, nicht nur die Nothilfe von Angehörigen zu, gestattet aber nur Verletzung von Sachen und nicht die mindeste Einwirkung auf die Persönlichkeit des Menschen. Hier ist nicht ausgebaut worden!

§ 906. 1. Für die Frage, ob eine Benutzung als „gewöhnlich" zu gelten hat, ist die Art und das Maß der Benutzung von entscheidender Bedeutung. Ist ein bestimmter Betrieb, mit dem ein gewisser Grad von Geräusch verbunden ist, infolge seiner „Gewöhnlichkeit" unverbietbar geworden, so erstreckt sich die Duldungspflicht nicht ohne weiteres auch auf Steigerungen des Geräuschs, die über das von anderen Grundstücken gleicher Beschaffenheit innegehaltene Maß hinausgehen. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 952.

2. Die neuen Vorschriften über das Nachbarrecht sind das Ergebnis der im Laufe der letzten Jahrzehnte durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze. Vgl. Coesmann, Das BGB. und die Eisenbahnen in der Ztg. des Vereins Deutscher Eisenbahnverwaltungen 1897 183 ff., s. auch Coesmann, Nachbarrecht an Eisenbahnen.

3. Beeinträchtigung.

OLG. Jena, ThürBl. **50** 276: Eine Beeinträchtigung durch Schall liegt nicht nur vor, wenn er eine Erschütterung auf dem Nachbargrundstücke hervorruft oder die dort beschäftigten Personen durch Übertönen der von ihnen bei ihrer Beschäftigung zu beachtenden Geräusche stört, sondern auch bei einer Einwirkung, die in die Ruhe, die leichte oder angestrengte Gedankentätigkeit, die Aufnahme von Lektüre, Kunstgenüssen u. s. w. störend eingreift.

OLG. Colmar, Puchelts Z. **33** 723, OLG. **5** 387: Der von einem Bordellbetrieb ausgehende störende Lärm kann als Beeinträchtigung der Nachbargrundstücke erscheinen, deshalb von deren Eigentümern auf Unterlassung geklagt werden. Vgl. DJZ. **03** 348.

OLG. Braunschweig, DJZ. **03** 552: Klavierspiel in einem Restaurationslokale, das nicht über 11 Uhr abends dauert, verstößt nicht gegen § 906, selbst wenn bei besonders warmem Wetter die Türen und Fenster des Restaurationszimmers nicht sämtlich geschlossen gehalten werden.

4. Gewöhnlichkeit.

RG. JW. **03** Beil. 86: Die „Gewöhnlichkeit" ist ein wesentlich tatsächlicher Begriff. Entscheidend ist auch, was die Bevölkerung der betreffenden Stadt als „gewöhnlich" ansieht.

OLG. Stuttgart, WürttJ. **14** 314: Damit ein Geräusch als „gewöhnlich nach den örtlichen Verhältnissen" angesehen werde, genügt nicht, daß eine gleiche Benutzungsart innerhalb des dortigen Komplexes zusammenliegender Grundstücke überhaupt vorkommt, vielmehr muß innerhalb des Komplexes eine größere oder überwiegende Zahl von Grundstücken so benutzt sein.

RG. R **03** 18: Wegen Gewöhnlichkeit ist zu prüfen die (nächste) Umgebung des Grundstücks, weiter entfernte Ortschaften sind nicht zu berücksichtigen. Ähnlich BayrObLG., R. **03** 430.

RG. SeuffA. **58** 352, JW. **03** Beil. 103, Gruchots Beitr. **47** 953: Wenn ein bestimmter geräuschvoller Betrieb infolge seiner „Gewöhnlichkeit" unverbietbar geworden ist, so ist es damit noch nicht eine nur bei diesem einzelnen Betriebe vorhandene besondere Steigerung des Geräusches, z. B. durch Nachtarbeit. Vgl. JDR. **1** zu § 906 Note 2d.

5. **RG.** SeuffA. **58** 271: Wer einen Teil seines Grundstücks zu einem bestimmten Unternehmen verkauft, kann sich über dessen schädliche Einwirkung auf die übrigen Teile nicht beschweren. Dies gilt auch dann, wenn die Schädlichkeit der Einwirkung erst später erkannt worden ist, z. B. wenn erst nachher die Schädlichkeit der von dem Unternehmen beim Verkaufe zu erwartenden Raucheinwirkung auf den Wald wissenschaftlich erkannt worden ist.

6. OLG. **7** 29 (Köln): Ein nach § 906 unerlaubter Eingriff in fremdes Eigentum macht auch ohne Verschulden schadensersatzpflichtig. →→ Bestritten. D. Red. ←←

7. OLG. Colmar, R. **03** 576: Wer das Recht in Anspruch nimmt, Immissionen in das Nebengrundstück vornehmen zu dürfen, muß die Voraussetzungen des § 906 nachweisen. Vgl. auch OLG. Jena, ThürBl. **50** 276. S. JDR. **1** zu § 906 Note 6.

8. **RG.** JW. **03** Beil. 1: § 906 ist für das Gebiet des aufrechterhaltenen rheinischen Wasserrechts, wonach der Privatfluß in niemandes Eigentum steht, ausgeschlossen. Die Bestimmung schlägt aber ein, wenn in den Viehbach geleitete Wässer schlechte und gesundheitlich schädliche Gerüche verbreiten.

9. **RG.** JW. **03** Beil. 77: In Immissionsprozessen hat das Urteil die Verpflichtung zur Fernhaltung von Störungen nur in allgemeiner Form auszusprechen, ohne Angabe bestimmter Vorkehrungen. Vgl. auch OLG. Karlsruhe, DJZ. **03** 132. S. JDR. **1** zu § 906 Note 7.

§ 907. Die Vorschrift gibt dem Eigentümer kein Recht, das Aufstellen von Bienenstöcken auf dem Nachbargrundstück, auch dicht an der Grenze, zu verbieten; er darf auch nicht auf seinem Grundstücke Giftpflanzen, vergifteten Honig halten, um die vorbeifliegenden Bienen zu vernichten. Strauß, DJZ. **03** 367.

Aus der Praxis:

RG. SeuffA. **58** 266: Hier werden nur solche „Anlagen" betroffen, von denen aus sinnlich wahrnehmbare Stoffe in das Nachbargrundstück hinüberdringen und es dadurch unmittelbar und positiv beschädigen können, nicht aber Anlagen anderer Art, die nur negativ durch Entziehung von Licht, Aussicht und sonstiger Bequemlichkeiten nachteilig werden können. § 907 ist daher auf eine Straßenerhöhung unanwendbar.

OLG. Zweibrücken, PucheltsZ. **34** 27: Zulässig ist die Anlegung einer Kiesgrube dicht neben dem Nachbargrundstück, auf dem ein Brunnen ist, selbst wenn diesem dadurch Wasser entzogen wird.

OLG. Dresden, SächsA. **14** 112: Der Grundeigentümer kann vom Eigentümer des angrenzenden Grundstücks, auf dem an der Grenze ein Wassergraben läuft, dessen Wasser über die Grenze dringt, die Beseitigung dieser Einwirkung auch dann verlangen, wenn sie erst infolge einer Änderung eingetreten ist, die der verletzte Eigentümer auf seinem eigenen Grundstücke nach § 903 zulässigerweise vorgenommen hat.

§ 909. OLG. Stuttgart, WürttZ. **14** 317: Nur für die Sicherungsmaßregeln, die zur Zeit notwendig sind, und für erforderliche Vorbereitung künftig nötiger Maßregeln muß der den Bau beginnende Nachbar sorgen.

RG. SeuffA. **58** 99: Die Vorschrift bezieht sich nicht nur auf Vertiefungen von gewisser Dauer; auch das stückweise Ausheben von Fundamentgruben behufs sofortiger Wiederauffüllung kann darunter fallen. Die Vorschrift ist ein Schutzgesetz für den Nachbar im Sinne des § 823 Abs. 2. Vgl. JDR. **1** zu § 909 Note 1.

§ 912. Das RG. verwirft die analoge Ausdehnung der Rechtssätze über den Überbau auf den Fall, daß jemand auf eigenem Boden, aber unter Verletzung einer fremden Servitut baut (neuerdings ebenso in Entsch. **48** 265). Dasselbe müßte um so mehr bei Verletzung eines obligatorischen Verbietungsrechts gelten, das obligatorische Recht wäre also gegen Übergriffe des Nachbarn intensiver geschützt als das Eigentum, welches beim Überbau Beschränkungen zu erleiden hat. Diese Praxis widerspricht dem im § 251 II ausgesprochenen Rechtsgedanken. v. Tuhr, Iherings J. **46** 44.

RG. SeuffA. **58** 269: Überbau liegt auch dann vor, wenn ein ganzes angrenzendes Grundstück vom Nachbar mit bebaut worden ist; § 912 ist nicht auf den Fall beschränkt, daß der Bau nur einen Teil der Grundstücksfläche einnimmt.

Vorsatz und Fahrlässigkeit des Bauenden sind nicht nur dann zu verneinen, wenn er ohne Schuld über den Verlauf der Grenze im Irrtume war, sondern auch dann, wenn er zur Annahme berechtigt war, daß er über die Grenze bauen dürfe. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn er einen noch nicht erfüllten obligatorischen Kaufvertrag über die Grundfläche geschlossen hatte.

§ 917. Süßheim, Bl. f. administr. Pr. **52** 294 ff., 354 ff.: Das dem Richter gegebene freie Ermessen fordert ein tiefgehendes Versenken in die einschlägigen Verhältnisse, ein Vertrautsein mit wirtschaftlichen Fragen aller Art (298). Ordnungsmäßige Benutzung ist nicht nur die wirtschaftlich rationellste (299). Macht erst eine vorgenommene Veränderung der Benutzung den Weg notwendig, so schließt dieser Umstand das Recht auf den Notweg nicht aus (300). Notwendigkeit ist mehr als Zweckmäßigkeit (301). Das Recht unterliegt nicht der Verjährung; es kann nicht mit dinglicher Wirkung darauf verzichtet werden (302). Neben dem Eigentümer ist nur der Erbbauberechtigte berechtigt, nicht aber Pächter ꝛc. (305). Daß der Weg mehrere fremde Grundstücke, die vielleicht verschiedenen Eigentümern gehören, durchschneiden muß, hindert die Berechtigung nicht (307). Der Gebrauch des Weges darf nur im Umfange des Bedürfnisses der Benutzung des Grundstücks erfolgen (309, 355). Bei Hebung des Mangels fällt der Notweg wieder weg (355). Dem steht es gleich, wenn der Eigentümer die Beseitigung des Mangels absichtlich verhindert (356). Das Notwegsrecht ist keine Grunddienstbarkeit, sondern Eigentumsbeschränkung (364). Der Eigentümer des belasteten Grundstücks darf den Weg mit benutzen (365). Das Urteil, das den Notweg feststellt, hat deklarativen Charakter (370). (IDR. **1** zu § 919 Note 4.)

OLG. Posen, PosMschr. **03** 150: Gegenüber der Klage auf Duldung eines Notwegs ist Widerklage auf Vornahme der zum Schutze des Grundstücks erforderlichen Maßnahmen zulässig.

Abs. 2. Für die Bemessung der Rente ist außer dem Schaden des Belasteten auch der Vorteil des Berechtigten in Betracht zu ziehen. Süßheim a. a. O. 360. Nachträgliche Änderung nach § 323 ZPO. ist unzulässig (361), sofern nicht Änderungen im Notweg eintreten (362). Die Rente steht einer objektiv dinglichen Reallast gleich (364).

§ 918. Abs. 2. Auch in diesem Falle besteht Entschädigungspflicht. Süßheim 357.

§ 919. Der Erbbauberechtigte ist für den Anspruch auf Grenzabmarkung trotz § 1017 Abs. 2 weder aktiv noch passiv legitimiert. Eine Abmarkung mit den gesetzlichen Wirkungen kann nur zwischen den Grundstückseigentümern, denen die Macht zur rechtlichen Verfügung über das Grundstück zusteht, vorgenommen werden. So (gegen Planck Anm. 3 zu § 919) Kretzschmar, CBlFrG. **3** 444.

§ 920. Entgegen der Auffassung der Motive geht Rönnberg, Die Grenzscheidungsklage, ABürgR. **11** 119 ff. und 251 ff. davon aus, daß der Streit um den Lauf der Grenze nicht ein Spezialfall der Eigentumsklage ist, sondern unter die Regelung des § 919 fällt, der die römische contr. de fine und contr. de loco umfaßt, und demgegenüber § 920 Normen für den besonderen Fall gibt, daß der Durchführung der Klage aus § 919 Schwierigkeiten dadurch entstehen, daß infolge einer Grenzverwirrung die richtige Grenze sich nicht ermitteln läßt. Aktiv und passiv zur Klage legitimiert ist deshalb auch bei Grenzverwirrung nur der Eigentümer.

Eine besondere Art eines judicium finium regundorum ist im preußischen Grundstückszusammenlegungsverfahren die sog. nachträgliche Sonderung von Abfindungsquoten aus sog. Gesamtplänen. Spieß, Grundstückszusammenlegung, CBlFrG. **3** 483, 488, 490.

§§ 921, 922. 1. **RG. 53** 307, JW. **03** Beil. 39: Diese Vorschriften finden auf „Einrichtungen“, an denen beim Inkrafttreten des BGB. eine Gemeinschaft nach Bruchteilen bestand, Anwendung.

2. Über die vertragsmäßige weitere Ausgestaltung des Grenzmauerrechts im Anschluß an die Bestimmungen des franz. Rechtes: Krings, RheinNotZ. **47** 255.

§ 922. 1. Ist eine Mauer gemeinschaftlich, so beziehen sich die gemeinsamen Benutzungsrechte nur auf die Mauer selbst als „Einrichtung“, nicht auf den Grund und Boden darunter. Deshalb kann kein Beteiligter vom anderen ein „Unterfangen“, d. h. Tieferbauen der Mauer, verlangen. Obermeyer, SeuffBl. **68** (03) 496.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1066: Das Recht, einem Grenzgraben Wasser zuzuleiten, ist nur, soweit es sich um den ordentlichen und gewöhnlichen Wasserlauf handelt, nach dem aufrechterhaltenen Landesrechte (§§ 100, 101 ALR. I. 8, nach Art. 65 EGzBGB. und Art. 89 Nr. 16 preuß. AG.) zu beurteilen, dagegen nach § 922, soweit es sich um nur eine durch künstliche Veranstaltungen verursachte stärkere Wasserzuleitung handelt.

Zweiter Titel.
Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. 1. Über die Frage nach der Identität der dinglichen Einigung mit dem obligatorischen Vertrage, der die Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung enthält, vgl. o. Ziff. 3 zu § 873.

Daß Auflassung und Eintragung zwei selbständige Rechtsakte (vgl. JDR. **1** 577 Ziff. 3), nehmen auch an Dernburg III 254, Türcke-Niedenführ III 26 Anm. 4, OLG. **6** 261 (Dresden).

2. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 255, 256, 237/240: Eine „vor“ einer Behörde abzugebende Willenserklärung muß ihr gegenüber in ihrer Gegenwart abgegeben werden. Sie erlangt erst mit der Kenntnisnahme, nicht schon mit dem Zugehen Wirksamkeit.

3. Eccius, Gruchots Beitr. **47** 710: Die Erklärung der Auflassung vor dem Grundbuchamte liegt erst dann vor, wenn über die Auflassungserklärungen ein Protokoll aufgenommen, vorgelesen und durch Unterzeichnung genehmigt ist. Vgl. JDR. **1** 578 Ziff. 6.

v. Wächter-Spittler, CBlFrG. **4** 84 ff.: Für die materielle Wirkung der Auflassung sind die mündlichen Erklärungen allein maßgebend. Als Grundlage einer Eintragung kann die Erklärung aber nach § 29 GBO. nur dienen, wenn sie zu Protokoll genommen und das Protokoll genehmigt und unterschrieben ist.

Heine, CBlFrG. **3** 552 ff. (richtig 572 ff.): — vgl. JDR. **1** zu § 925 Note 7 — Die Erklärung muß die Äußerung des Willens, daß das Eigentum vom Veräußerer auf den Erwerber übergehe, zum Zwecke haben und diesen Willen unmittelbar zum Ausdrucke bringen. Zeichen, die an sich eine ausdrückliche Erklärung enthalten, können, genügen nicht. Die vom Gesetze zwar nicht obligatorisch, aber doch instruktionell (§ 29 GBO.) vorgeschriebene Protokollierung der Erklärung verlangt eine mündliche Äußerung, für welche jedoch eine bestimmte Formel vom BGB. nicht vorgeschrieben ist, so daß jede mündliche Kundgebung hinreicht, die für den Grundbuchrichter in unzweideutiger Weise den Auflassungswillen unmittelbar ergibt. Hiervon ausgehend wird man auch die Auflassungserklärung des früheren preußischen Rechtes als eine geeignete Erklärung der zur Auflassung des neuen Rechtes erforderlichen Einigung gelten lassen müssen.

Die Auflassungserklärungen des § 2 preuß. EEG. enthalten auch die Erklärung einer Einigung im Sinne der §§ 873, 925. Sie waren ebensowenig „prozessualer“ Natur, wie der auch nach heutigem Rechte vorgeschriebene Eintragungsantrag, sondern haben wie dieser verwaltungsrechtlichen Charakter. Der Eintragungsantrag setzt zwar die materiell-rechtliche Eintragungserkärung voraus, kann aber — ebenso wie die materiell-rechtliche Eintragungsbewilligung — in derselben enthalten sein. Die Einigungserklärung muß eine ausdrückliche sein; die — allerdings nur instruktionelle — Norm des § 26 GBO. setzt eine mündliche Erklärung voraus.

Vgl. auch Josef, A.zivPr. **95** 149 und IDR. **1** 578 Ziff. 6 zu § 925.

4. Kockerols, R. **03** 40: Es ist zulässig, daß bei Grundstücksversteigerungen die Versteigerer in den Bedingungen sich eine Bedenkzeit vorbehalten und sich erst am Schlusse der ganzen Versteigerung darüber schlüssig machen, ob sie die Zuschläge genehmigen. Die Ansteigerer geben in solchen Fällen bei jedem Zuschlag ihre Auflassungserklärung sofort ab, die Versteigerer nur im Falle der Genehmigung am Schlusse der Versteigerung. Entsprechend wird auch beurkundet. Der sog. Zuschlag der einzelnen Parzellen ist nicht als Zuschlag gemäß § 156 zu betrachten, sondern lediglich als Feststellung des Meistgebots, die schließliche Genehmigung und Unterschrift durch die Versteigerer als Zuschlag (Annahme der Vertragsofferten). Demgemäß sind auch die Gebote und die mit ihnen abgegebenen Auflassungserklärungen der Ansteigerer keine bedingten Vertragsabschlüsse, sondern unbedingte Offerten. Das Vorbehalten einer Bedenkzeit hat daher nur den Sinn, daß die Annahme des Vertragsanerbietens nicht sofort erklärt zu werden braucht; eine wirkliche Bedingung oder Befristung liegt nicht vor.

5. Marcus, CBlFrG. **3** 703: Einigen sich Miterben bei der gerichtlichen Auseinandersetzung dahin, daß der die Nachlaßgrundstücke übernehmende Miterbe die Erbschaften der übrigen Erben zum Preise der ermittelten Erbteile kauft und daß die Verkäufer über ihre Anteile am Nachlasse zugunsten des Käufers verfügen und sie ihm übertragen (§§ 2033 ff.), so ist wegen der dinglichen Natur der Verfügung eine Auflassung der Nachlaßgrundstücke an den Käufer der Erbteile nicht erforderlich.

Dagegen Schmale, CBlFrG. **4** 179, mit der Begründung: Nur so lange ein Gemeinschaftsverhältnis bestehe, sei der Eintritt eines dritten Käufers an Stelle eines Miterben in die Gemeinschaft und seine Eintragung in das Grundbuch ohne Auflassung möglich. Die Gemeinschaft finde aber ein Ende, sobald ein Erbe sämtlich Anteile des Nachlasses und hiermit das ganze Grundvermögen erwerbe.

6. Auch an einem Kirchhofe wird nach Josef, R. **03** 92, Eigentum durch Auflassung und Eintragung erworben. Über Benutzungsrecht und Unterhaltungspflicht hinsichtlich der Begräbnisplätze in Preußen vgl. auch OLG. **8** 123 (KG.).

7. Aus der Praxis:

RG. 54 378: Zur Auflassung genügt die Erklärung des Veräußerers des Grundstücks, daß er die Eintragung des Erwerbers als Eigentümers bewillige, in Verbindung mit der Erklärung des Erwerbers, daß er diese Eintragung beantrage. Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag enthalten auch die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erforderliche Einigung. Die Auflassung ist damit unzweideutig erklärt. IW. **03** Beil. 80.

Hinsichtlich des Eigentumsüberganges nicht gebuchter Grundstücke vgl. KGJ. **26** A 115.

Handelt es sich lediglich um die Auflassung, so hat der Grundbuchrichter keine Berechtigung, die Veräußerungsbefugnis zu prüfen und wegen mangelnder

Veräußerungsbefugnis des einen Teiles die Entgegennahme der Auflassung zu verweigern. OLG. **6** 473 (Stuttgart).

§ 926. Kohler, AzivPr. **18** 86: Hier ist einer der Fälle, wo nicht das Konstitutum zum Eigentumserwerbe, sondern umgekehrt der Eigentumserwerb zum Konstitutum führt. Der Übertragende ist von nun an Besitzer für den Erwerber, er ist, wenn er keine Nutzungsbefugnis mehr hat, Verwahrungsbesitzer, insbesondere auch hinsichtlich der in das Eigentum des Erwerbers übergegangenen Zubehörstücke.

Dritter Titel.

Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist vor allem, daß die Praxis allgemein an der Möglichkeit fiduziarischer Übereignung festgehalten und die Voraussetzungen näher bestimmt hat. Theoretisch wird die fiduziarische Eigentumsübertragung noch angefochten. Im übrigen ist diesmal die Ausbeute für das Jahrbuch nur als geringfügig zu bezeichnen, während der dritte Titel im JDR. **1** einen Raum von 41 Seiten in Anspruch genommen hatte und insbesondere zu den §§ 929 ff. Erörterungen und Entscheidungen von grundlegender Bedeutung zu verzeichnen gewesen waren. Lediglich Tobias hat diesmal eine größere monographische Arbeit über die Materie der §§ 946 ff. veröffentlicht.

Über den Eigentumserwerb an gepfändeten Sachen und dessen Wirkungen auf das Pfandrecht: Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 97.

I. Übertragung.

§ 929. 1. Einigung ist für den Mobiliarverkehr ein Zustand, kein Hergang; der Zustand muß z. Z. der Übergabe fortdauern. Nur dann, wenn der Erwerber bereits im Besitz ist, ist die Einigung ein Hergang. Eccius, Gruchots Beitr. **47** 52.

2. Gegen die im JDR. **1** § 929 Note 8 ausgeführte Ansicht Kramers über den Kauf stehender Früchte polemisiert Middendorf, JW. **03** 121: Eine bedingte Übergabe gibt es nicht; der Käufer erhält keinen Besitz, also auch kein die Veräußerung hinderndes Recht.

Gegen Kramer auch Fuchs, R. **03** 37, der ausführt: Es liegt nur ein unbedingtes Rechtsgeschäft vor über die zukünftige Leistung einer erst zukünftig entstehenden Sache. Ferner ist es nicht angängig, den lediglich auf obligatorische Verträge zugeschnittenen § 308 mit Kramer auf die Einigung des § 929 anzuwenden. Die angebliche Einigung ist also unheilbar nichtig, weil es an einem Objekte der Übereignung fehlt.

3. KGBl. **14** 98 (KG.): Der Eigentumserwerb erfolgt nur nach den bestimmten gesetzlichen Kategorien; das Gesetz hat nicht den Erwerb möglichst erleichtern und neben der körperlichen Übergabe noch verschiedene Möglichkeiten, die analoge Anwendung zuließen, gewähren wollen.

4. OLG. Rostock, MecklZ. **21** 30: Wenn jemand eine Sache für einen Dritten erwerben will, so wird der Dritte auch ohne ausdrückliche Erklärung jenes mit der Übergabe Eigentümer und mittelbarer Besitzer, falls der Veräußerer kein Interesse hat, an wen er veräußert. Vgl. dazu **RG.** Gruchots Beitr. **47** 987.

§ 930. 1. Das Kausalgeschäft.

RG. 54 396, JW. **03** 80: Nachdem Verkauf und Übergabe beweglicher Sachen ohne Eigentumsvorbehalt erfolgt ist, kann das Eigentum auf den Verkäufer nicht in der Weise zurückübertragen werden, daß nachträglich lediglich vereinbart wird, der Verkauf solle unter dem Eigentumsvorbehalte geschehen sein. Es fehlt an der Schaffung eines neuen konkreten Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen Verkäufer dem Käufer den Besitz überläßt. Ein

abstraktes constitutum possessorium ist ungenügend. Ebenso **RG.** R. **03** 430; zustimmend Hachenburg, DJZ. **04** 438.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **68** 320: Das Kausalgeschäft braucht nicht rechtsgültig zu sein, nur muß es, die Gültigkeit vorausgesetzt, geeignet sein zur Besitzberechtigung auf Zeit.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **69** 169: Beim Verkauf zwischen Ehegatten ist besondere Besitzübermittlung nicht nötig, da beide Mitbesitzer sind; das Güterrechtsverhältnis ist ein genügendes Rechtsverhältnis im Sinne des § 930.

2. Sicherungskauf. Vgl. JDR. **1** zu § 930 Note 5.

a) Während Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession, auf dem Standpunkte stehen bleibt, daß ein Sicherungskauf auch nach dem Rechte des BGB. in fraudem legis gehe und deshalb ungültig sei (36 ff.), steht die Praxis allgemein auf dem gegenteiligen Standpunkte. So insbesondere **RG.** Elf. Lothr. JZ. **28** 107; OLG. Braunschweig, SeuffA. **58** 69. Ferner folgende besondere Fälle:

OLG. Naumburg, SeuffA. **58** 237: Bei fiduziarischen Übereignungen auf Grund eines „Kauf- und Mietvertrags" ist besonders scharf zu prüfen, ob objektiv die Kaufvertragserfordernisse vorliegen und ernstlich Übereignung gewollt ist.

OLG. Braunschweig, R. **03** 505: Ein Sicherungskauf ist nicht als ernstlich gemeint anzusehen, wenn die Vertragsbestimmungen über die vereinbarte Miete nach dem gesetzlichen Mietbegriff unvereinbar sind. Vereinbar damit ist die Bestimmung, der Mieter solle die Gefahr tragen und für die Reparaturen aufzukommen haben.

RG. JW. **03** Beil. 143: Die in einem Sicherungskaufvertrage, der die Sachen in der Hand des Verkäufers beläßt, enthaltene Bestimmung, daß der Verkäufer auch neu anzuschaffende Stücke für den Käufer besitzen solle, genügt nicht, für diesen mittelbaren Besitz und Eigentum zu begründen, sondern nur der bei der jedesmaligen Anschaffung vorhandene Wille, für den Käufer zu besitzen, ist hierzu ausreichend; dieser Wille kann aber in tatsächlicher Beziehung aus einer Vertragsbestimmung jener Art gefolgert werden.

OLG. Hamburg, DJZ. **03** 228 geht sehr weit, indem es Eigentumsübergang in folgendem Falle annimmt: Nach erfolgter Pfändung vereinbart der Schuldner mit dem Gläubiger, daß das Eigentum auf diesen übertragen werde, gibt ihm für die Schuld Wechsel, vereinbart weiter, daß er die Sachen behält und benutzt, bis entschieden ist, ob die Wechsel eingelöst werden oder nicht. Als „Rechtsverhältnis" ist hier wie im vorigen Falle Leihe angenommen.

Dagegen verneint das **RG.** DJZ. **03** 153 einen Verwahrungsvertrag und damit den Eigentumsübergang in einem Falle, wo der Schuldner das ihm gehörige Schuhwarenlager dem Gläubiger mit der Verabredung übereignet, daß er (der Schuldner) das Lager selbst fortführen solle.

b) Über die Wirkung der Sicherungsübereignung im Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner führt Kahn, DJZ. **03** 125 aus: Das zur Sicherung übereignete Vermögensstück verhält sich materiell nicht anders als ein dem Gläubiger verpfändetes Vermögensstück. **RG.** **24** 49. Im Konkurse des Schuldners muß der Gläubiger zunächst Befriedigung aus der ihm zu diesem Zwecke übereigneten Sache suchen und kann nur den Ausfall zum Konkurs anmelden. Im Falle des Schuldnerverzugs muß der Gläubiger den Gegenstand verwerten, sich aus dem Erlöse befriedigen und einen Überschuß dem Schuldner herausgeben.

3. **RG.** JW. **03** 129 Nr. 19 für das gemeine Recht: Der Stellvertreter kann bei einem sich durch Übergabe vollziehenden Eigentumserwerbsgeschäfte für den von ihm vertretenen Geschäftsherrn Besitz und Eigentum erwerben, wenn nur der Stellvertreter im Einverständnisse mit dem Geschäftsherrn diesen Willen hat.

Wenn auch der Stellvertreter zunächst für sich Besitz und Eigentum erwirbt, so daß der Übergebende den Schuldvertrag, den der Stellvertreter in eigenem Namen mit ihm schließt, mit der Übergabe an den Stellvertreter, damit dieser erwerbe, erfüllt, so steht doch nichts entgegen, den Besitz und folgeweise das Eigentum auch hier durch ein constitutum possessorium, das sich in der Erwerbshandlung selbst vollzieht, von dem Vertreter auf den Vertretenen übergehen zu lassen, wenn nur beide den Erwerb des Geschäftsherrn wollen. Es kommt nichts darauf an, daß der Wille des Vertreters, für den Geschäftsherrn Besitz und Eigentum zu erwerben, schon im voraus im Einverständnisse mit diesem erklärt ist, ehe überhaupt er selbst Besitz und Eigentum an den ihm zu übergebenden Sachen durch die Übergabe erworben, daß also diese Übergabe erst später stattgefunden hat, wenn er nur bei dieser mit dem Willen gehandelt hat, Besitz und Eigentum durch den zunächst für ihn selbst sich vollziehenden Erwerb sogleich für den Geschäftsherrn zu erwerben. Er handelt dann dabei lediglich in Erfüllung der von ihm früher dem Geschäftsherrn gegenüber übernommenen Verpflichtung.

§ 931. Beschlagnahmte Einziehungsstücke können nicht dadurch veräußert werden, daß der bisherige Eigentümer den Herausgabeanspruch gegen den Fiskus abtritt. Mothes, Die Beschlagnahme 96, 97.

RG. 54 111, JW. **03** Beil. 55: In der Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung liegt an sich noch nicht Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenbriefs.

§ 932. 1. Nur die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Annahme, der Veräußerer sei Eigentümer, nicht auch die Annahme, er sei verfügungsberechtigt, begründet den guten Glauben im Gegensatze zu § 366 HGB., der (gegen Wendt, AzivPr. **89** 91) nicht analog anwendbar ist. OLG. **7** 40 (Braunschweig). Vgl. auch OLG. **6** 118 (Hamburg).

2. Dürbig, R. **03** 441 ff., handelt von der Einwirkung der §§ 932 ff., 1007 auf die strafrechtliche Beurteilung gewisser Betrugsfälle. Er will scharf unterscheiden zwischen den Fällen, in denen der Täuschende vor oder sofort bei der Empfangnahme der Leistung die fremde Sache dem Getäuschten zu Eigentum übergibt oder verpfändet, und den Fällen, in denen er die Übertragung des Eigentums oder die Verpfändung der Leistung des anderen erst nachfolgen zu lassen verspricht. In den ersten Fällen tritt eine Vermögensbeschädigung des Getäuschten nicht ein. Die vielfach vorkommende Annahme eines versuchten Betrugs ist verfehlt. Dagegen liegt in den anderen Fällen vollendeter oder versuchter Betrug vor, weil die Forderung, die der Getäuschte erhält, wesentlich unsicherer und schlechter ist, wenn der Täuschende nicht Eigentümer der Sache war, als sie gewesen wäre, wenn er das Eigentum gehabt hätte.

§ 934. Verkauft ein Miteigentümer einer Sachgesamtheit, der zur Ausscheidung seines Anteils einseitig nicht berechtigt ist, seinen Anteil mit dem Auswählungsrecht an einen Dritten, der in bezug auf das Auswählungsrecht in gutem Glauben ist, so erwirbt er im Handelsverkehre (HGB. § 366) das Eigentum durch einseitige Ausscheidung. **RG.** DJZ. **03** 252.

§ 935. 1. Willentlicher Besitzverlust setzt Geschäftsfähigkeit des Verlierenden voraus. Breit, Geschäftsfähigkeit 254 ff.

2. **RG. 54** 68, JW. **03** Beil. 62, Puchelts Z. **34** 579: Wenn der unmittelbare Besitzer Sachen verpfändet und weggibt, so sind sie dem mittelbar besitzenden Eigentümer nicht „abhanden gekommen"; Eigentumserwerb nach §§ 932 ff. ist also möglich. Ebenso OLG. **6** 118 (Hamburg), vgl. auch OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 59.

3. Brückmann, A.bürgR. **23** 322 ff., über den Begriff der verlorenen Sache — s. darüber insbes. unten zu §§ 965 ff. — führt aus (334 ff.), daß

in den §§ 935, 1006, 1007 dem Gesetzgeber bei der Begriffsbildung nichts ferner gelegen haben könne, als das Merkmal des Verlorenseins abhängig zu machen vom Besitzverlust. Auf den schmalen und feinen Besitzfaden, der die Sache noch vielleicht irgendwie mit der Machtsphäre des Verlierenden verknüpft, und den nur das geschulte Auge des Juristen erblicken kann, kommt für die wirtschaftlichen Zwecke des Hand-wahre-Hand-Prinzips nicht das Geringste an. Gegen Langen behauptet er, 338 ff., daß der Begriff des „Verlustes" im § 701 durchaus nicht weiter gehe, als im § 935. Vielmehr liegt ein einheitlicher Verlustbegriff dem BGB. zugrunde, der sich nur dadurch jeweilig differenziert, daß er sich biegsam den einzelnen Verhältnissen anschmiegt. Selbstverständlich gehen die bei einem Gastwirt eingebrachten Sachen anders verloren als sonst welche Gegenstände. Sämtliche verlorenen Sachen aber nehmen an dem Schutze des § 935 teil. Vgl. auch oben zu § 701 Note 4.

§ 936. Erleidet ein Pfandgläubiger dadurch Verlust seiner Pfändungspfandrechte, daß der Schuldner, ehe er in Konkurs verfällt, die Pfandsache verkauft, so kann er Herausgabe des erst vom Konkursverwalter eingezogenen Kaufpreises von der Konkursmasse in Höhe seiner gesicherten Forderung verlangen. OLG. Köln, R. **03** 576.

II. Ersitzung.

§ 940. 1. Die durch den Schuldner begonnene Ersitzung dauert trotz der Pfändung fort, da der Schuldner Besitzer bleibt. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 99, vgl. ZPO. § 808.

2. Brückmann, A.bürgR. **23** 322 ff. — s. oben zu § 935 Note 3 und u. zu §§ 965 ff. — verwertet den § 940 terminologisch gegen die herrschende Ansicht, die den Begriff der „verlorenen" Sache vom Besitzverlust abhängig machen will (333, 340). S. oben zu § 856 Note 2.

§ 941. Die Ersitzung einer Sache durch den Nichteigentümer, bei dem sie gepfändet worden ist, wird an sich nicht durch Klage gegen den Gläubiger aus § 771 ZPO. unterbrochen, da der Gläubiger nicht Besitzer der Sache ist. Man wird aber aus praktischen Gründen § 941 BGB. analog anwenden können. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 99, vgl. ZPO. § 808.

III. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung.

Literatur: Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, A.zivPr. **94** 371—464.

§§ 946 ff. 1. Verbindung, Vermischung und Vermengung sind nicht als Handlungen rechtswirksam, sondern schon als bloße Naturtatsachen. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 221/222, 207/208. Ebenso Dittenberger, Schutz des Kindes 106.

2. Tobias 412 ff.: a) Die Rechtsänderung, die mit der Verbindung eintritt, ist eine definitive (§ 953). Die §§ 93, 94 bilden systematisch die Basis der Bestimmungen über den Eigentumserwerb durch Verbindung; in den §§ 946, 947 wird nur die Konsequenz aus dem Grundsatze des § 97 gezogen. Verbunden werden heißt nichts anderes als: in denjenigen körperlichen Zustand geraten, der erforderlich ist, damit die eine Sache wesentlicher Bestandteil der anderen oder der Gesamtsache werde. Über den Begriff der wesentlichen Bestandteile s. oben Tobias zu § 93 Note 3, § 95 Note 1.

b) Über einzelne Fälle s. 414—419. Besonderes über die Konkurrenz der §§ 946, 947 und 950 a. a. O. 418—419: Die Rechtssätze über Verarbeitung gehen denen über Verbindung vor.

c) Die Verbindung ist weder Rechtsgeschäft, noch auch nur Rechtshandlung, sondern ein juristischer Vorgang ohne irgendwelche subjektiven Beziehungen (419).

Es kommt weder auf den Willen noch auf die Willensfähigkeit des Verbindenden an (420). Jedoch modifiziert sich der rein objektive Charakter der Verbindung in einzelnen Sonderfällen. Darüber 420 ff.

d) Über die dinglichen Wirkungen der Verbindung 424 ff. S. unten zu § 947. Über die obligatorischen 439 ff. S. unten zu § 951 Note 1.

e) Über die „Erstreckung" 433 ff.: Der Vorgang schließt zweierlei in sich: den Untergang des Eigentums an der eingefügten Sache und das Fortbestehen des Eigentums an der Hauptsache bzw. am Grundstücke. Die Folge dieser Diskontinuität ist, daß die dinglichen Rechte, welche vor der Verbindung bestanden, gleichzeitig mit dem Eigentum untergehen. S. unten zu § 949.

f) Über die Wirksamkeit abweichender Vereinbarungen 458 ff.: Die obligatorischen Ansprüche unterliegen beliebigen Abänderungen (459), nicht so die dinglichen. Die Vorschrift des § 93 und der Satz superficies solo cedit (§ 946) sind unabänderlich. Aber auch abgesehen von diesen beiden Schranken, haben die Parteivereinbarungen keine unmittelbare dingliche Wirkung (461 ff.).

§ 947. 1. Tobias 436 ff.: Im Abs. 1 handelt es sich (wie oben zu §§ 946 ff. Note 2 e) um kein Erlöschen und Neubegründen, sondern um ein Fortbestehen von Rechten. Das Eigentum bleibt dasselbe, was es vorher war; es tritt lediglich an die Stelle des alten Objekts das aus diesem entstandene neue. S. im übrigen unten zu § 949. S. näheres über den Fall der Furtivität (§ 935) a. a. O. 438.

2. Zu Abs. 2. — Tobias 426 ff. über den Begriff der Hauptsache, bezeichnet gegen die herrschende Ansicht als das einzige Kriterium dafür, ob der Verkehr von zwei demselben wirtschaftlichen Zwecke dienenden Sachen, die eine als Haupt-, die andere als Nebensache ansieht, nur die erhebliche Verschiedenheit des Wertes. Doch gibt es Abweichungen (429). Es gilt: ist von den miteinander verbundenen Sachen die eine erheblich wertvoller, so tritt Akzession ein; sind dagegen die Sachen im Werte gleich oder nicht erheblich verschieden, so entsteht Miteigentum im Verhältnisse der Werte, doch auch hier Akzession, wenn nur normalerweise bei Verbindung von Sachen derselben Art die eine einen erheblich höheren Wert zu haben pflegt als die andere (430).

§ 949. Tobias 434 ff. — s. oben zu §§ 946 ff. Note 2e und zu § 947 Note 1 — führt aus: Infolge der Eigentumserstreckung (§ 946) erlöschen außer den dinglichen Rechten alle diejenigen Rechte und Rechtsbeziehungen, welche den Gebrauch und Genuß des Eigentums an der eingefügten Sache zu beeinträchtigen oder zu entziehen geeignet waren. Eine Sonderstellung nimmt der Besitz ein. Er erlischt durch die Verbindung nicht (näheres 435, 436). Es sind für ihn ausschließlich die allgemeinen Normen über Erwerb und Verlust des Besitzes maßgebend (436).

Zu §§ 950—951. Sokolowski, Philosophie im Privatrechte, behandelt kritisch die §§ 950, 951. Er bemängelt die zu starke Bevorzugung der Arbeit gegenüber dem Stoffe, da das Gesetz keine Rücksicht darauf nehme, ob Bösgläubigkeit vorliege, ob die Arbeit demjenigen, was der Eigentümer mit dem Stoffe vorzunehmen gedachte, entspreche, so daß er einerseits gezwungen werde, Sachen, die durch die Umarbeitung für ihn wertlos geworden sind, zu behalten, und andererseits Verlust von Sachen, die seinen Plänen entsprechend hergestellt waren, erleide (191 ff.).

§ 950. Die Spezifikation bewirkt Eigentumserwerb, weil der Spezifikant die Sache verarbeitet hat, nicht, weil er einen irgendwie gearteten Willen hatte. Deshalb gehört die Spezifikation nicht in die Lehre von den Willensäußerungen. Isay, Iherings J. **44** 45.

Dittenberger, Schutz des Kindes 107 hält Eigentumserwerb durch Verarbeitung seitens eines Kindes für möglich.

Eltzbacher a. a. O. 220/221, 207/208: Die Verarbeitung ist nur als Handlung rechtswirksam, nicht schon als bloße Naturtatsache, — gegen Rehbein.

Aus der Praxis:

Das Urteil des OLG. Hamburg, JDR. **1** zu § 950 Note 3b, s. jetzt auch SeuffA. **58** 101. Ebenso AG. Lahr, BadRpr. **03** 237.

§ 951. 1. Tobias 439 ff. (s. a. oben zu §§ 946 ff. Note 2d): Grundsätzlich fehlt allen an der Verbindung Beteiligten ein Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes (weder § 752 noch § 1004, noch § 823 greift durch), Ausnahme jedoch nach Abs. 2 Satz 1: U. U. kann nach § 249 gegen den Eigentümer der Hauptsache ein Anspruch auf Abtrennung und Neubestellung des Rechtes gegeben sein (442).

Weitere Fälle nach Abs. 1 Satz 2 (442): Eine Klage auf Gestattung der Wegnahme nach § 258. Maßgebend ist das spezielle Rechtsverhältnis. Der Tatbestand ist der gleiche wie im § 997.

443 ff. über eine Reihe von Zweifeln in dem Falle, wo die Verbindung nicht von dem Besitzer der Hauptsache bewirkt worden ist (Satz 2). Wem steht das Wegnahmerecht zu? Nicht nur dem früheren Eigentümer der verbundenen Sache, sondern auch dem an ihr dinglich berechtigten (444). Der Besitz gehört mit zu den Voraussetzungen des Wegnahmerechts aus § 951 (445). Es muß sich um eine Verbindung mit einer Hauptsache handeln (445). Über das Verhältnis des § 951 zum § 997 s. 445—446. S. a. unten zu § 997.

Über den § 258, der zufolge der Verweisung im § 997 Abs. 1 Satz 2 auch für das Wegnahmerecht aus §§ 997, 951 maßgebend ist, s. 451 ff.

Über den Geldanspruch bei Rechtsverlust 453 ff.: Der Anspruch ist so anzusehen, als ob er aus ungerechtfertigter Bereicherung entstanden wäre. Wendet der Eigentümer die Bereicherung einem Dritten unentgeltlich zu, so liegt § 822 vor. Der Eintritt einer Rechtsänderung zugunsten eines anderen und die Bereicherung müssen in einer Person vorliegen (näheres 455, 456). U. U. kann der Eigentümer der Hauptsache seine Ersatzpflicht durch Herausgabe der eingefügten Sache abwenden: §§ 812, 818 (457). Für den Umfang der Vergütung sind die §§ 818, 819 maßgebend (457, 458).

2. Aus der Rechtsprechung:

RG. JW. **03** Beil. 24: Der Rechtsverlust muß infolge der Vorschriften der §§ 946 ff. eingetreten sein; das ist nicht der Fall, wenn der frühere Eigentümer die Verbindung zur Erfüllung einer Vertragspflicht vornahm.

RG. R. **03** 505: Der in Abs. 1 geregelte dingliche Anspruch läßt einen gleichzeitig bestehenden obligatorischen Anspruch auf Herausgabe unberührt.

RG. 51 80: Der Eigentümer eines Grundstücks ist bereichert durch eine Aussaat, die ein geisteskranker Pächter, dessen Pachtvertrag nichtig ist, mit fremdem — von ihm durch nichtigen Vertrag gekauften — Saatgute macht, auf Kosten des Saateigentümers.

OLG. **6** 214 (Karlsruhe), vgl. oben zu § 93 Note 4c. Motor als wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks (§§ 93, 94). Kein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe, ebensowenig ein Recht auf Wegnahme des Motors nach § 951 Abs. 2. Lediglich ein Vergütungsanspruch in Geld gegen den Käufer des Grundstücks als den ohne Grund bereicherten.

§ 952. Auf die zugehörigen Urkunden erstreckt sich auch eine Beschlagnahme der Forderung. Mothes, Die Beschlagnahme 33.

RG. SeuffA. **58** 147², Gruchots Beitr. **47** 955: Eigentümer des Hypothekenbriefs kann nur der jeweilige Hypothekengläubiger sein.

OLG. **6** 267, SchleswHolstAnz. **03** 51 (Kiel): Der Gläubiger einer Nebenforderung auf Zinsen, z. B. der Nießbraucher an der Hauptforderung, ist nicht Miteigentümer des Schuldscheins.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 92: Auch die Verpfändung eines Sparkassenbuchs selbst (ohne Verpfändung der verkauften Forderung) ist zulässig. Vgl. im übrigen JDR. **1** zu § 952 Note 1b, insbes. Abs. 3.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

§§ 953—955. Die Trennnng ist nicht als Handlung, sondern schon als bloße Naturtatsache rechtswirksam. Eltzbacher a. a. O. 222/223, 207/208.

§ 955. Sokolowski, Philosophie im Privatrecht, bemängelt den Schutz des gutgläubigen Eigenbesitzers als „Bedrohung des Eigentums" (494 ff.).

§§ 956, 957. 1. Unter Besitzergreifung faßt das BGB. dreierlei zusammen: a) die Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch eigenes Ergreifen der tatsächlichen Gewalt, b) dessen Erlangung durch die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt von seiten eines Besitzdieners (§ 855), c) die Erlangung des mittelbaren Besitzes durch die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt von seiten eines Besitzmittlers (§ 868). Eltzbacher 213/214.

Die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt ist keine Willenserklärung, sondern eine private Handlung ohne Äußerungsgehalt. Eltzbacher 216.

2. Der Erwerb des Eigentums an Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen einer Sache ist danach geregelt, je nachdem a) der Besitz der Sache, d. i. Muttersache, dem zur Aneignung Berechtigten überlassen ist oder b) nicht überlassen ist. Der gemäß § 865 vorkommende Fall, daß der Berechtigte einen Teil der Hauptsache, namentlich den zu erwerbenden Teil, z. B. das auf Abbruch verkaufte Haus oder die zu fällenden Bäume bereits besitzt, ist hier unberücksichtigt gelassen. Dem Wortlaute nach gehört dieser Mittelfall unter b. Der Erwerb des Eigentums vollzieht sich aber wie sub a) bereits mit der Trennung, nicht erst mit der Besitzergreifung. Salier, Verkauf von Bäumen auf dem Stamme (§§ 865, 956).

3. Winter, Über die Rechtsnatur der Bäume des Waldes usw., Dtsch. Forst-Ztg. **03** 669 ff., Nr. 28 vom 12. Juli 1903) beleuchtet die aus §§ 93, 94 für den Holzhandel sich ergebenden Konsequenzen und führt u. a. aus: Der Händler, welcher Holz auf dem Stamme kauft, kann nicht mehr, wie früher, Eigentum daran erlangen, solange nicht das Holz geschlagen und ihm dann übergeben ist; denn erst nach der Trennung der Erzeugnisse von dem Grund und Boden, mit dem sie zusammenhängen, ist eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechtes an ihnen statthaft. Zulässig sind dagegen obligatorische Verträge, welche das Gestatten des Abtriebs stehenden Holzes und die Besitzübertragung zum Inhalte haben, d. h. der Waldeigentümer kann in einem zweckmäßig schriftlich abzufassenden Vertrage sich dem Holzkäufer gegenüber persönlich verpflichten, die Bäume zu fällen oder fällen zu lassen, um dann dem Käufer die Aneignung der so zu beweglichen Sachen gewordenen Stämme zu gestatten und zu ermöglichen. Der aus solchem Vertrage obligatorisch — d. i. nur dem Waldeigentümer als Vertragsgegner gegenüber — berechtigte Holzkäufer erwirbt das Eigentum an dem Holze, sofern ihm der Besitz der bestandenen Fläche überlassen ist, mit der Trennung, also mit dem Augenblicke, wo die organische Verbindung zwischen dem Baume und der Mutter Erde durch Säge oder Axt zerstört ist: andernfalls mit der Besitzergreifung, d. h. mit der Ergreifung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache, wie sie sich durch Anhämmern oder durch Anbringen sonstiger sichtbarer Zeichen äußerlich darzustellen pflegt. Der Kauf von Holz auf dem Stamme erscheint sonach nach neuem Rechte als ein Kauf von zukünftigen Sachen — weil die Bäume erst mit der

Trennung vom Boden selbständige Sachen werden — und als ein Vertrag, in welchem das persönliche Recht des Käufers zur Aneignung der Bäume nach deren Fällung auf Grund einer diesbezüglichen Erlaubnis des Verkäufers (Waldeigentümers) gemäß § 956 zum Ausdrucke gebracht sein muß. Klaganträge auf „Übergabe der Waldparzelle x zur Abholzung", „Zahlung des Kaufpreises für die auf der Fläche a b c d stehenden 300 Buchen" u. dgl. sind unzulässig. Es ist erforderlich, derartige Verträge unter genauer Bezeichnung des Kaufgegenstandes und bestimmter Angabe des Kaufpreises etwa in der Art zu fassen, daß gesagt wird: Verkäufer gestattet dem Käufer, die Bäume (den Waldbestand oder dergleichen) sich anzueignen, sobald der Abtrieb erfolgt sein wird. Entsprechend muß auch der Klagantrag lauten. Dieses Gestatten der Aneignung hat die rechtliche Bedeutung, daß der Waldeigentümer damit im voraus den zur Übergabe erforderlichen Besitzaufgebungswillen und den zur Einigung erforderlichen Veräußerungswillen für den Fall der Vollendung des Abtriebs der Bäume erklärt. Daneben können natürlich Bestimmungen über die Zeit, innerhalb welcher der Abtrieb zu erfolgen hat, Angaben darüber, ob Verkäufer oder Käufer die Abholzung zu übernehmen hat, und ähnliche Nebenbestimmungen nach Belieben der Parteien in dem Vertrag Aufnahme finden. Vgl. JDR. **1** Ziff. 8 zu § 929 u. Ziff. 4 zu § 956.

4. Herrfurth, Der Fruchterwerb des Pächters 26 ff., führt aus: Der Fruchterwerb des Pächters beruht für den Fall, in welchem dem Pächter der Besitz der Muttersache übertragen wird, auf einer brevi manu traditio, weil durch die Übergabe der Muttersache bei der Verpachtung die dingliche Einigung bezüglich der Fruchttradition abgeschlossen wird, in der Übergabe der Muttersache zur Fruchtziehung der Verpächter zugleich seinen Willen erklärt, daß der Pächter das Eigentum an den zu ziehenden Früchten erlangen soll, und der Pächter diese Willenserklärung durch Inbesitznahme der Sache akzeptiert. Für den anderen Fall sind die beiden Elemente, aus denen sich der Traditionsvertrag zusammensetzt, die beim Pachtvertrag erteilte Gestattung der Fruchtaneignung und die spätere Inbesitznahme der Früchte. Gegen von Blume, Iherings J. **39** 433 ff. und Meisner i. s. Komm. III 114.

5. Über Eigentumserwerb an Erzeugnissen und Bestandteilen einer gepfändeten Sache. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 101.

V. Aneignung.

§ 958. Die Aneignung ist Rechtsgeschäft, erfordert sonach Geschäftsfähigkeit. Breit, Geschäftsfähigkeit 260 ff.

A. M. Isay, Iherings J. **44** 46 (keine Willensäußerung im Rechtssinne, Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich) und Eltzbacher 216/207 (keine Willenserklärung, sondern private Handlung ohne Äußerungsgehalt).

Im Falle des § 156 des Vereinszollges. erwirbt der Fiskus das Eigentum im Augenblicke der Beschlagnahme. Mothes, Die Beschlagnahme 81.

§ 959. Die Dereliktion ist Rechtsgeschäft. Breit, Geschäftsfähigkeit 264.

Dagegen führt Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 215, 216, 217/219 aus. Die Aufgebung des Besitzes ist auf zweierlei Art möglich: a) wenn man selbst die tatsächliche Gewalt ausübt, so entäußert man sich des Besitzes durch deren Aufgebung; b) hat man einen Besitzdiener oder Besitzmittler, so tut man es durch eine das Verhältnis zu diesem beendigende Willenserklärung. Die Preisgebung kann daher nicht allgemein als Willenserklärung bezeichnet werden. Willenserklärung ist sie, wenn der Eigentümer die Sache dadurch preisgibt, daß er dem Verhältnisse zu dem Besitzdiener oder Besitzmittler ein Ende macht; gibt dagegen der Eigentümer, der selbst die tatsächliche Gewalt ausübt, die Sache durch deren

Aufgebung preis, so ist dies keine Willenserklärung, sondern eine private Handlung ohne Äußerungsgehalt.

Käb, SeuffBl. **68** 496: Einseitiger Verzicht auf das Eigentum ist ausgeschlossen. Der Verkäufer, der sich das Eigentum vorbehalten hat, kann seine eigene Sache nicht pfänden; durch den Pfändungsantrag wird kein Eigentumsverlust herbeigeführt.

§ 960. Ein 120 ha großer, mit 2 m hoher Mauer eingezäunter Wildpark wurde als Tiergarten angesehen vom **RG.** JW. **03** 80.

VI. Fund.

Vorbemerkung: An den praktischen Fall einer in einem Gasthof abhanden gekommenen Busennadel hat Schäfer seine Ausführungen angeknüpft; sie haben eine Polemik wachgerufen, die in der laufenden Berichtsperiode noch nicht beendigt ist. In dieser Polemik wird insbesondere manches Streiflicht auf den Begriff der „verlorenen" Sache geworfen. Silberschmidt weicht von Schäfer nur in Einzelheiten ab; grundsätzlich steht er auf dem gleichen begrifflichen Boden. Dagegen vertritt schon Francke, insbesondere quantitativ, wesentlich andere, mehr wirtschaftliche Anschauungen. Unabhängig von dem Einzelfalle hat Brückmann den Begriff der verlorenen Sache selbständig erörtert und ist hierbei zu gänzlich entgegengesetzten Sätzen gelangt, die den Begriff, abweichend von den herrschenden Theorien, völlig unabhängig von dem Besitzbegriffe machen wollen. Das Urteil des OLG. Hamburg, das einzige, das in der Berichtsperiode bekannt geworden ist, wird von ihm bekämpft, weil es die fundrechtlichen Vorschriften auf eine nicht verlorene Sache anwendet. — Im übrigen war nicht viel von Belang zu vermerken. — Nur Pappenheims Aufsatz kam für den Schatzbegriff in Betracht. Die für § 984 weiteren einschlägigen Erörterungen des 27. Juristentags bezüglich der Altertumsfunde gehören der nächsten Berichtsperiode an.

Literatur: Brückmann, AbürgR. **23** 322—359: Der Begriff der „verlorenen Sache". — Francke, Hirths Ann. **36** 310 ff.: Räumlichkeiten als Orte des Verlierens und Findens. — Pappenheim, Iherings J. **45** 141 ff.: Eigentumserwerb an Altertumsfunden. — Schäfer, SeuffBl. **68** 1 ff.: Über Fundrecht. — Silberschmidt, SeuffBl. **68** 109 ff.: Der Fund in Privat- und Gasthäusern.

Zu §§ 965 ff. 1. Allgemeines.

Langheineken, Anspruch und Einrede 207: § 965 Abs. 1 enthält eine Alternativ-Obligation oder -Ermächtigung.

2. Der Begriff der verlorenen Sache. Vgl. JDR. **1** zu § 965.

a) Insbesondere das Abhandenkommen in umfriedeten Privaträumen.

α. Schäfer: Sachen, welche in umfriedeten Privaträumen und Privatgebieten (Wohnung, Gasthaus, Kaufladen, Hofraum, Garten u. dergl.) abhanden gekommen sind, können im gesetzlichen Sinne nicht gefunden werden, weil sie sofort in den Besitz des Eigentümers der betreffenden Räume übergehen. Es entsteht daher auch kein Anspruch auf Finderlohn. Mit Rücksicht auf den Verlustort kann in solchen Fällen angenommen werden, daß die Verhinderung ihrer Natur nach nur vorübergehend war, weil die im Hotel dem dort wohnenden Gaste abhanden gekommene Nadel, welche durch entsprechendes Nachsuchen wieder beigebracht werden kann, nur vorübergehend der tatsächlichen Gewalt des Besitzers entzogen war, so daß der Besitz des Gastes gar nicht unterbrochen, die Nadel also im gesetzlichen Sinne nicht verloren gewesen wäre. — Auf dem Standpunkte der herrschenden Ansicht: der Besitz muß verloren sein, sonst kann die Sache nicht verloren sein. Wenn die Sache aus der Gewalt des bisherigen Inhabers unmittelbar in den Besitz eines anderen gelangt ist, kann sie nicht als verloren angesehen werden.

β. Silberschmidt dagegen führt zu dieser Frage aus: Zwar können im eigenen Hause, bzw. der eigenen Wohnung verlorene, verlegte Sachen nicht als verloren gelten und nicht gefunden werden. Das Haus verliert nichts. Doch

kann eine Sache auch in einem Privathause verloren und gefunden werden, da der Besitz an der Sache auch in einem solchen Raume verloren gehen kann und keineswegs ohne weiteres auf denjenigen übergeht, welcher den Raum beherrscht.

Auch die Angestellten eines Gasthauses können, wenn sie die verlorene Sache eines Gastes finden, Finderlohn beanspruchen.

γ. Francke wendet sich gegen Schäfer und Planck und bekämpft den Satz, daß Gegenstand eines Fundes solche Sachen nicht sein könnten, welche unmittelbar in den Besitz eines anderen gelangt seien, z. B. Sachen, die man in der Wohnung, dem Kaufladen, dem Gasthause, dem Wagen eines anderen aus der Tasche verliere oder zurücklasse. Der Besitzer einer Räumlichkeit hat keineswegs schon die tatsächliche Gewalt über die in ihr befindlichen Sachen, sondern lediglich mehr als andere Menschen die Möglichkeit, diese Gewalt zu erlangen, eine Möglichkeit, die indes auch eine sehr entfernte sein kann. Gegen die Behauptung Schäfers, daß der Verlust einer Sache in einer Räumlichkeit, auch einer fremden, z. B. einem Gasthof, nur eine vorübergehende Verhinderung im Sinne des § 856 Abs. 2 bedeute, führt er aus: „Ich meine, es gibt Tausende, die Gegenteiliges erfuhren. Außerdem, wenn jede abhanden gekommene und wiedergebrachte Sache nie aus dem Besitze desjenigen, dem sie abhanden kam, gewesen ist, so war sie also nie verloren und nie gefunden, und das Fundrecht hätte demnach nur theoretischen Wert. (Beispiele a. a. O.) . . . Man wird hiernach bei dem alten Satze bleiben dürfen, daß wir etwas verlieren oder nicht verlieren, je nachdem es durch Zufall aus unserem Machtbereich oder nicht aus unserem Machtbereich abhanden kam".

Er bekämpft weiter den Satz, daß sich Rechte und Pflichten desjenigen, in dessen Besitz die Sachen gelangt sind, nach dem zwischen ihm und dem Verlierer bestehenden Vertragsverhältnisse richten, ev. § 372. Dies ist verhältnismäßig selten. Und auch, wenn es der Fall, wird das Fundrecht nicht ausgeschaltet (§ 967); das Recht auf Finderlohn bleibt neben der Ablieferungspflicht bestehen (§§ 975, 971). — Besonders für § 701 a. a. O. 312.

b) Der Begriff im allgemeinen.

Brückmann bekämpft die herrschende Ansicht, die den Verlustbegriff in unbedingte Abhängigkeit vom Besitzbegriff bringt (Planck, Biermann, Brettner, Bendix, Fuld), die von einer im „engeren" und „weiteren" Sinne, „eigentlich" und „uneigentlich" verlorenen Sache spricht (Endemann, Staudinger, Fuld, Oertmann), die davon ausgeht, daß die durch Zufall abhanden gekommene Sache „sich in niemandes tatsächlicher Gewalt" befinden dürfe (Schäfer, auch Silberschmidt), und führt aus: daß der Verlustbegriff mit dem Besitzbegriff im Grunde wenig zu tun habe. Es kommt durchaus auf das tägliche Leben als Quelle für das Verständnis des Begriffs der „verlorenen Sache" an. „Eine Sache, die meinem Machtbereiche gegen bzw. ohne meinen Willen derart entfremdet ist, daß ich sie vernünftigerweise nicht mehr wirtschaftlich in Betracht ziehen, daß ich sie nach aller Wahrscheinlichkeit nicht mehr als zu meinem Vermögen gehörig rechnen, daß ich nicht mehr auf sie als ein an seinem Teile für meine Bedürfnisse mitarbeitendes Vermögensstück bauen kann, muß ich als eine verlorene betrachten". Rein wirtschaftlich und zugleich rein subjektiv ist der Begriff; maßgebend ist ein relativ abwägendes Prinzip; weder gilt der Satz, „daß das Haus nichts verliert", noch der, daß die tatsächliche Gewalt anderer vor Verlust schützt. — Gleichsam einen indirekten Beweis hierfür ergibt die Anwendung dieser Grundsätze unter dem Gesichtspunkte, daß jemand eine Auslobung wegen seiner vermeintlichen, oder im Sinne der herrschenden Ansicht nicht wirklich verlorenen, weil noch von anderen innegehaltenen Sache veranstaltet,

und unter dem zweiten, daß dies ein anderer als neg. gestor für ihn tut. In beiden Fällen würde keiner, wenn die Sache wirklich herbeigeschafft wird, schon bei Zugrundelegung der herrschenden Ansicht die Zahlungspflicht des Auslobenden oder (im Falle der neg. gestio) die Ersatzpflicht des Geschäftsherrn verneinen, mit der Begründung, daß die Sache keine „verlorene“ gewesen sei, daß aber nur eine Auslobung für eine „verlorene Sache“ veranstaltet worden sei, und hier keine dem Interesse entsprechende Geschäftsführung vorgenommen sei, da ja Finderlohn für eine nicht verlorene Sache ausgelobt wurde. (S. darüber oben zu § 657 Note 5.) Man würde vielmehr ausschlaggebend sein lassen die wirtschaftlichen Gesichtspunkte: daß Sachen, die als verloren angesehen werden mußten, wieder herbeigeschafft worden sind, so daß also die ausgelobte Belohnung gezahlt und im zweiten Falle der aufgewendete Finderlohn dem Geschäftsführer als nützlicher Aufwand ersetzt werden muß. Die gleichen Erwägungen müssen aber für den Begriff selber ausschlaggebend sein (332).

Hierzu kommt: daß das Gesetz nirgends durch seine Terminologie oder sonstwie zu der Annahme zwingt, daß es den Begriff der verlorenen Sache als einen Appendix des Besitzbegriffs betrachte (333 ff.). Weder der § 856 (s. oben zu § 856 Note 2) noch der § 940 (333, 342, s. oben zu § 940 Note 1) zeigen diese Abhängigkeit. Überdies gewährt die Terminologie ein positives Gegenargument: es kann dem Gesetzgeber in den §§ 935, 1006 und 1007 nichts ferner gelegen haben als der Gedanke an die Besitzschranke (334 ff., s. oben zu § 935 Note 3), ebensowenig im § 794 (s. oben zu § 794 Note 1), und die wertvollste Belegstelle bietet der § 701 (337 ff.), durch den vor allem bestätigt wird, daß Sachen verloren gehen können in einem Hause, in befestigten Besitzständen (s. darüber oben zu § 701 Note 4).

Charakteristisch ist es auch, daß die Vertreter der herrschenden Ansicht zu lauter inneren Widersprüchen und Unmöglichkeiten gelangen, sobald sie beginnen, die Konsequenzen zu ziehen (343 ff.). Manche sagen, der Begriff gehöre „halb“ dem Alltags-, „halb“ dem Rechtsleben an (Eller, Wedell 344); viele verkennen, daß das Gesetz es in den §§ 965 ff. nur mit dem Fund wirklich „verlorener“ Sachen zu tun hat, und daß immer erst festzustellen ist, ob die Sachen auch „verloren“ sind, ehe die §§ 965 ff. angewendet werden (345 ff., Mohr, Eller, Blänkner, Wedell); die meisten rechnen teils „verlegte“, teils auch „vergessene“, teils auch beide Arten von Sachen zu den verlorenen (347). Goldmann und Lilienthal (346 ff.) vertreten den unmöglichen Satz, daß unter Umständen eine Sache gerade dadurch, daß sie ein anderer an sich nimmt, verloren gehe, so daß Verlieren und Finden in einen Moment zusammenfallen, während sich doch in solchem Falle der sog. „Finder“ verbotener Eigenmacht (gemäß §§ 858, 859, 861) gegenüber dem noch besitzenden „Verlierer“, den er erst dazu macht, schuldig machen würde (348, 349).

Allen diesen „fast verzweifelten konstruktionellen Anstrengungen“ liegt ein berechtigtes wirtschaftliches Streben zugrunde (349 ff.): sie wollen den wirtschaftlichen Fund schützen, indem sie ihm ihren theoretischen Fundbegriff opfern (350). Das ist zwar nicht angängig, gibt aber einen wichtigen Fingerzeig für die richtige wissenschaftliche Begründung, die zu der oben dargelegten Auffassung führt. So kann sich z. B. auch eine Sache als eine verlorene herausstellen, die man willentlich und wissentlich im Wald niedergelegt hat, und die nun jemand findet und wiederbringt: die Folgen (die man nicht überdacht hat) der unbeschränkten Zugänglichkeit für jedermann beweisen, daß die Sache verloren war (350, 351). 351 ff. gegen das Hamburger Gerichtsurteil (s. darüber unten Note cβ), wo er nochmals den Satz betont: daß durchaus nicht an eine Anwendung der fundrechtlichen Vorschriften gedacht werden darf, wenn nicht verlorene Sachen

gefunden oder in Verwahrung gegeben oder genommen wurden (s. über die Beziehungen zum Polizei- und Verwaltungsrecht Anm. 45). Eine wichtige indirekte Bestätigung der hier vertretenen Anschauungen bietet schließlich noch der Umstand (s. jedoch auch 357), daß diejenige Stelle, die „mit dem wirklich lebendigen Fundrecht in unmittelbare Berührung kommt", — nämlich die Polizei, insbes. das Berliner Polizeipräsidium, — mit dem herrschenden, doktrinären Verlustbegriff nicht auskommen kann: man wendet dort die §§ 965 ff. auf die in Droschken und in Häusern, Wohnungen, Lokalen „verlorenen" Sachen, also auf Sachen, die sich noch deutlich in anderer Besitz und tatsächlicher Gewalt befinden, an (s. Anm. 50).

c) Rechtsverhältnisse bei polizeilicher Verwahrung nicht verlorener Sachen.

α. OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 Beil. 65—66: Es sind zwar unter „verlorenen" Sachen auch die „abhanden gekommenen" begriffen; doch muß aus beiden Begriffen mit Dernburg gefolgert werden, daß das gesetzliche Merkmal des Fundes nur erfüllt ist, wenn für den bisherigen Inhaber der Gewahrsam aufgehört hat und ihm über den Verbleib der Sache eine bestimmte oder sichere Wissenschaft fehlt. Allerdings kann ein solcher Zustand in dem Falle vorliegen (Planck), wenn jemand eine Sache absichtlich weggeworfen und dem beliebigen Zugriff anderer preisgegeben hat, weil einem derartigen Vorgange die Bedeutung innewohnt, daß der Handelnde damit rechnet, die Sache werde oder könne jeden Augenblick in den Gewahrsam eines anderen gelangen. Anders aber liegt der Fall, wenn der Betreffende das Geld offenbar zu verbergen beabsichtigte und verborgen zu haben glaubte. (Es handelte sich um einen Fall, wo ein 16jähriger Knabe die Kommune Hamburg auf Herausgabe einer Summe in erster Linie auf Grund des § 974 verklagte. Die Summe war vor mehr als Jahresfrist von einem Unbekannten in den Anlagen von Hamburg am Stadtgraben etwa eine Hand breit tief im Erdboden vergraben worden. Der Junge hatte das beobachtet, nach der Entfernung des Mannes nachgeforscht, das Geld entdeckt und der Polizeiwache abgeliefert. Ein Eigentümer hat sich nicht gemeldet. Die Klage ist (auch aus dem Gesichtspunkte der Okkupation und Dereliktion) abgewiesen worden.)

β. Gegen dieses Urteil Brückmann 351 ff., der ausführt: Der fundrechtliche Tatbestand ist zwar wirtschaftlich zutreffend gewürdigt: der angebliche „Finder" ist hier ein dreister Besitzstörer; gerade die Tatsache, daß nur ein treuloses und unehrenhaftes Benehmen so leicht und mühelos die Stelle aufdecken konnte, zeigt, — als eine Art nachträglicher Prognose —, daß die Sache keine verlorene war. Der entscheidende Fehler aber liegt in dem Widerspruche, daß das Gericht stillschweigend die sämtlichen einschlägigen Bestimmungen des Fundrechts zugrunde legt. Übersehen ist, daß der Knabe augenscheinlich nach § 858 verbotene Eigenmacht geübt und fehlerhaften Besitz erlangt hat, was u. U. auch die Fehlerhaftigkeit des Besitzes der Polizeibehörde nach sich ziehen konnte. Der Kläger durfte also nicht als „Finder" auftreten, die Behörde auch nicht das Geld in Verwahrung nehmen. — Er wirft eine Reihe von juristischen Bedenken auf, die sich ergeben, wenn nicht verlorene, wohl aber für verloren gehaltene Sachen „gefunden" und der Polizei übergeben werden. S. darüber näheres 353—354. Es ergeben sich insbes. für die Polizei eine Reihe von Zweifeln (355): soll sie die Übernahme ablehnen? Die Sache annehmen? Tritt sie als Geschäftsführer für den „Verlierer" auf? Ist die Geschäftsführung gültig? Darf sie überhaupt ablehnen? Darf sie eventuell anfechten? usw. (näheres a. a. O.). Jedenfalls darf nicht an eine Anwendung der fundrechtlichen Vorschriften gedacht werden. Es liegt ein vom Gesetze den privaten Dispositionen freigelassenes Gebiet vor (näheres Anm. 45).

3. Hinsichtlich der Frage, wie eine verlorene Sache zur derelinquierten wird, wendet sich gegen Manigk, Rechtsgeschäfte, André, Gruchots Beitr. **47** 156, der eine Kundgebung verlangt.

4. Das Ansichnehmen ist nicht Willenserklärung, sondern private Handlung ohne Äußerungsgehalt. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 216.

§ 969. Herausgabe: s. Eltzbacher o. zu § 440 Note 2.

§ 971. Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse, AzivPr. **92** — s. oben zu § 241 Note 5 — 130: Der Finder verliert infolge der unterlassenen Anzeige nicht nur den Finderlohn, sondern muß auch den aus der Unterlassung entstehenden Schaden ersetzen.

§ 983. Offerierte gestohlene Sachen, deren Eigentümer nicht ermittelt sind, unterliegen der analogen Anwendung der §§ 965ff. in dem Sinne, daß sie an die Ortspolizeibehörde zwecks weiterer Erhebungen hinsichtlich der Ermittelungen des Eigentümers herauszugeben sind. Erst, wenn diese ergebnislos verlaufen sollten, kommen die §§ 983, 979 in Betracht, nach denen sie der Staatsanwaltschaft zu übergeben sind. LG. München, Strafkammer, SeuffBl. **67** 126. A. M. BayrObLG., ebenda 127, das die Strafkammer für die Durchführung des Verfahrens nach § 983 zuständig erachtet.

§ 984. Altertumsfunde sind auch dann als Schätze im Sinne des § 984 zu betrachten, wenn sie, wie namentlich Grabbeigaben, herrenlos geworden sind. Die Regelung des Eigentumserwerbes am Schatze ist in Ansehung von Altertumsfunden nicht befriedigend, weil sie dem öffentlichen Interesse nicht Rechnung trägt, das an der Sicherung und Bereitstellung solcher Funde zu wissenschaftlicher Verwertung besteht. Der Vorbehalt des EGzBGB. Art. 109 ermöglicht keine ausreichende Abhilfe. Anders das auf Grund des Art. 73 fortdauernde Schatzregal, wie es zumal in Schleswig nach dem jütischen Lov (II 113) besteht. De lege ferenda würde sich ein Eigentumserwerb des Staates in Verbindung mit einem Anspruch auf Wertvergütung für Entdecker und Eigentümer der bergenden Sache empfehlen. Pappenheim, Iherings J. **45** 141.

Vierter Titel.

Ansprüche aus dem Eigentume.

Vorbemerkung: Grundsätzliche theoretische Erörterungen über den Eigentumsanspruch bringt Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis; im übrigen werden von der Theorie meist nur einzelne Fragen dieses Titels gelegentlich behandelt. Die Praxis hat insbesondere zu § 1004 Entscheidungen zutage gefördert, aber auch zu § 1006, während zum § 1007 kein bemerkenswertes Material vorgelegen hat.

§ 985. Siber 114ff.: Passiv legitimiert für den Eigentumsanspruch ist nicht jeder, sondern nur der unrechtmäßige Besitzer, dem jedoch ein nur zurückhaltungsberechtigter gleichsteht. Redlicher Besitzer ist nicht der rechtmäßige, sondern nur der putativberechtigte (119). Der rechtmäßige Besitzer haftet, auch nach Aufhören seines Besitzrechts, nicht mit dem Eigentumsanspruche, sondern nur mit den besonderen obligatorischen Rückgabeansprüchen, z. B. §§ 556, 1055, 1223 (Aufzählung 125 f.), weil sonst seine Haftungsprivilegien, z. B. § 690, die kurze Verjährung, z. B. § 558, und der Ausschluß des Zurückhaltungsrechts nach § 556 Abs. 2 illusorisch wären (119 f., 127 ff., Einschränkung 120 f., 122). Konkurrenz des Eigentumsanspruchs mit obligatorischen Ansprüchen auf Herausgabe (Gegensatz: auf Verschaffung 125, 127) deshalb nur, wenn beide nicht demselben Gläubiger zustehen (117 ff., 125 ff., 136 f.); sonst ist der Eigentumsanspruch durch die spezielleren Herausgabeansprüche aus Vermietung, Verpfändung ꝛc. (127 ff.), da-

gegen die condictio possessionis (§ 812 Abs. 1) durch den speziellen Eigentumsanspruch ausgeschlossen (130 f.). ⟹ Berichtigung: Anm. 1 auf S. 130 ist zu S. 135 Anm. 3 zu stellen. ⟸ Keine Konkurrenz des Eigentumsanspruchs (auf Herausgabe oder Ersatz wegen deren Vereitelung) mit Deliktsansprüchen (auf Wiederverschaffung, § 249, oder Geldersatz; letztere sind nach § 993 Abs. 1 a. E. durch ersteren ausgeschlossen (116 ff.).

⟹ Neben dem unrechtmäßigen, redlichen oder unredlichen Besitzer ist der rechtmäßige nur dann passiv legitimiert, wenn er entweder nur ein Zurückhaltungsrecht hat oder ein dingliches Recht zum Besitze mit Ausnahme des Nießbrauchs vom Nichteigentümer erworben hat; denn in solchen Fällen steht dem Eigentümer gegen ihn ein besonderer obligatorischer Rückgabeanspruch nicht zu, weder kraft Vereinbarung, noch kraft Gesetzes, wie gegen den Nießbraucher § 1055. Siber. ⟸

§ 986. 1. a) Abs. 1. Einrede des Rechtes zum Besitze nur aus Zurückhaltungsrechten, weil andere Rechte zum Besitze den Eigentumsanspruch ausschließen. Siber, Rechtszwang 133 ff.

⟹ Die Einreden dieses Paragraphen können außer auf Zurückhaltungsrechte auch auf solche dinglichen Rechte zum Besitze mit Ausnahme des Nießbrauchs (§ 1055) gestützt werden, die dem Besitzer oder seinem Vorgänger durch einen Nichtberechtigten bestellt worden sind (Fahrnißpfandrecht, Erbbaurecht, Wohnungsrecht). Siber. ⟸

b) Ein „Recht zum Besitze" hat auch derjenige, der ein Recht auf Übergabe hatte und den Besitz der Sache auf andere Weise als durch Übergabe insbes. durch verbotene Eigenmacht) erlangt hat. Das Recht auf Übergabe kann sich ohne Übergabe in ein Recht zum Besitze verwandeln. Wolff 6—9.

Der Wortlaut des Abs. 1 Satz 1 ist nach vier Richtungen zu eng. Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache dann stets verweigern, wenn er einem Dritten gegenüber zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist und der Dritte dem Eigentümer gegenüber zum Besitze und zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer berechtigt ist. Gleichviel, ob der Dritte selbst mittelbarer Besitzer ist oder Besitzer war. Wolff 17—20, gegen Stammler, Einrede aus d. Rechte eines Dritten, 1900: Wolff 14—16, 19^3, 20^4.

Auch der Wortlaut des Abs. 1 Satz 2 ist zu eng; es genügt (ist aber im Gegensatze zu Satz 1 auch erforderlich), daß der Zwischenmann Besitzer war, gleichviel, ob er noch mittelbarer Besitzer ist. Wolff 20—23.

2. a) Abs. 2. Das Besitzrecht des Beklagten kann sich entweder gegen den Veräußerer oder gegen den früheren Eigentümer richten. Wolff 10 f. gegen Gierke, Fahrnisbesitz 45 einerseits und Crome, Jherings J. **37** 69 andererseits. Abs. 2 richtet sich auch gegen den Eigentümer, der das Eigentum originär, aber auf Grund abgeleiteten Besitzes erworben hat (Ersitzung). Wolff 11 f.

Über die Wirkung im Konkurse: Wolff 13.

b) **RG. 51** 88: Die Bestimmung des Abs. 2, die lediglich eine Rechtsfolge des im § 931 zugelassenen Eigentumserwerbes durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ist, kann gegenüber einem kraft Gesetzes eingetretenen Eigentumserwerbe (wie im § 959) keine unmittelbare Anwendung finden.

§ 990. (§§ 818 Abs. 4, 819, 292.) 1. Wer ohne seinen Willen Besitzer geworden ist, wie der Empfänger unbestellter Waren, haftet nur wegen Arglist. Siber 131 ff.

2. Abs. 2 zeigt, daß auch bei dinglichen Ansprüchen ein Verzug möglich ist. Diese Vorschrift sowie die Bestimmungen der §§ 194, 413 lassen erkennen, daß die dinglichen und die obligatorischen Ansprüche wesensgleich sind. — Auf den Verzug bei dinglichen Ansprüchen sind die §§ 284—290 entsprechend

anzuwenden. Affolter, A.zivPr. 31 466 ff. und System des deutschen Übergangsrechts 154. S. auch oben zu § 284, und vor § 241 Note 7.

§ 992. Die Haftung des Gläubigers, der wissentlich widerrechtlich pfänden läßt, bestimmt sich nicht nach § 992 BGB., denn der Gläubiger ist nicht Besitzer. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 102; vgl. ZPO. § 808.

§ 994. Diese Gegenansprüche stehen nur dem unrechtmäßigen Besitzer zu; der rechtmäßige hat nur die besonderen Gegenansprüche als Mieter, Verwahrer, unbeauftragter Geschäftsführer 2c. Siber 188 ff.

§ 997. 1. Das Abtrennungsrecht ist infolge des (erst bei der Revision des zweiten Entwurfs in das BGB. gekommenen) letzten Satzes von § 951 kein besonderes Recht des Besitzers mehr. Es steht einem jeden zu, dessen Sache mit einer fremden Sache verbunden worden ist, und ist daher lediglich bei der Verbindung zu behandeln. Daß es im § 997 überhaupt noch erwähnt wird, ist ein auf der Entstehung des Gesetzbuchs beruhender Redaktionsfehler. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 224/225.

2. Tobias, A.zivPr. **94** 445—446 über das Verhältnis des § 951 zum § 997; s. a. oben zu §§ 946 ff., insbes. § 951 Note 1; a. a. O. 446 ff. über die Worte „abtrennt und sich aneignet". Er bekämpft die Hellmannsche Konstruktion (SeuffBl. **67** 290 ff.), der zwar restriktive Auslegung will, aber den Vorgang in zwei Akte (die Abtrennung und Aneignung) zerlegt, und nimmt an, daß die in Ausübung des Wegnahmerechts erfolgte Abtrennung ohne weiteres das Wiederaufleben aller durch die Verbindung erloschenen dinglichen Rechte bewirkt (449).

Es ist zur Rechtsänderung erforderlich der Wille des Abtrennenden, wieder Eigentümer zu werden. Breit, Geschäftsfähigkeit 263 f.

§ 999. Wider die im JDR. **1** (zu § 999) angeführte Ansicht Stammlers (Einrede aus dem Rechte eines Dritten) wendet sich Wolff 19.

§ 1001. Satz 2. Die Zurückgabe ist nicht Abandonnierung; sie macht den Empfänger nicht zum Eigentümer, sondern stellt nur sein Recht zur Zwangsveräußerung (§ 1003 Satz 2) wieder her. Siber 188 f. · Entsprechende Anwendung beim Pfandrechte § 1227 (daselbst 191), beim Erbschaftsanspruch § 2022 Satz 2 (daselbst 192).

§ 1002. Herausgabe, siehe Eltzbacher o. zu § 440 Note 2.

§ 1003. Satz 2. Obligatorisches Recht des Gläubigers zur Herbeiführung der Zwangsvollstreckung, geschützt durch Duldungsanspruch, nicht Realobligation. Siber, Rechtszwang 195, 206. Anders § 1147.

§ 1004. 1. Satz 1. Bei schuldhafter Beeinträchtigung Gesetzeskonkurrenz mit §§ 823, 249; keine Klagänderung, wenn der anfangs durch § 823 Abs. 1 begründete Anspruch nachher auf § 1004 gestützt wird. Siber, Rechtszwang 123 f.

Satz 2. Vgl. Siber zu § 194.

2. Aus der Praxis. Vgl. JDR. **1** zu § 1004 Note 4.

BayrObLG., SeuffA. **58** 71, SeuffBl. **68** 324, DJZ. **03** 58: Beeinträchtigung des Zustandes ist Voraussetzung der Klage; in dem bloßen Antrag auf Klagabweisung wegen Bestreitung des Rechtes ist sie noch nicht zu finden.

OLG. Colmar, Puchelts Z. **34** 550: Bei einem die Nachbargrundstücke beeinträchtigenden Gebrauche durch einen Mieter ist dieser, nicht aber der Vermieter für die Störungsklage des Nachbarn passiv legitimiert, soweit der Vermieter nach dem Mietvertrage gegen den Mieter nicht vorzugehen imstande ist. Anders **RG. 47** 163. Vgl. JDR. **1** zu § 1004 Note 4 Abs. 3.

RG. R. **03** 18: Mitverschulden des Pächters durch rechtswidrige Ein-

wirkung auf ein Nachbargrundstück kann vorliegen, obwohl der Pächter nach Anordnung des Vorpächters handelt.

OLG. Celle, R. **03** 551: Die einem Nachbarn erteilte Erlaubnis, seine Abwässer in einen Graben auf dem Grundstücke des Gestattenden fließen zu lassen, macht den Gestattenden nicht ohne weiteres einem andern Nachbar gegenüber, über dessen Grundstück der Graben weiterfließt, aus § 1004 haftbar.

OLG. Posen, SeuffA. **58** 15: Künstliche Zuleitung von Schmutzwasser aus menschlichen Haushaltungen in einen Privatsee ist eine Beeinträchtigung des Eigentums an diesem, nicht aber die Zuleitung atmosphärischer Niederschläge, die nach den Gefällverhältnissen ohnehin dorthin abfließen würden.

OLG. Karlsruhe, DJZ. **03** 132: Der Anspruch richtet sich nicht nur auf Unterlassen, sondern auf Beseitigung der Störung; ob hierzu Maßnahmen im Einzelfalle möglich und welche Maßnahmen erforderlich sind, ist der Feststellung im Zwangsvollstreckungsverfahren zu überlassen.

RG. SeuffA. **58** 102: Der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung ist kein Schadensersatzanspruch; deshalb ist der Verpflichtete, auch wenn die Beseitigung unverhältnismäßigen Aufwand verursacht, nicht befugt, statt dessen nach § 251 Abs. 2 Geldersatz zu leisten. Vgl. JDR. **1** zu § 1004 Note 4 Abs. 9.

Abs. 2. Es muß — Analogie des § 986! — genügen, daß ein Dritter, der ein Besitzrecht gegen den klagenden Eigentümer hat, dem Beklagten gegenüber zur Duldung der Störung verpflichtet ist. Wolff 23 f.

§ 1006. Über die Frage, wem die Eigentumsvermutung bei der Pfändung beweglicher Sachen zugute kommt, Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 102.

RG. 55 52, JW. **03** Beil. 89: Zur Widerlegung der Eigentumsvermutung des jetzigen Besitzers genügt nicht der Nachweis, daß der Kläger, der Herausgabe der Sache vom jetzigen Besitzer verlangt, sein früheres Eigentum an der Sache nachweist und hieraus Fortbestehen des Eigentums für sich folgert.

OLG. Dresden, SächsA. **13** 243: Die Eigentumsvermutung des Abs. 3 gilt auch im Verhältnisse zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer.

LG. Leipzig, SächsA. **12** 760: Wenn der Ehemann Herausgabe von Gegenständen, die die getrennt lebende Frau mit sich genommen hat, verlangt, und die Frau einwendet, die Sachen seien von ihr eingebracht, so leugnet sie damit den Eigenbesitz des Mannes, da dieser am Eingebrachten nur Fremdbesitz hat. Mithin muß der Mann den Eigenbesitz beweisen.

OLG. Hamburg, SeuffA. **57** 418: Auch dem pfändenden Gläubiger kommt die Vorschrift zugute, derart, daß er die Kosten eines Interventionsprozesses nicht zu tragen hat, wenn der Reklamierende ihm nicht Zeit und Gelegenheit zur Informierung darüber gibt, daß die Vermutung widerlegt ist.

RG. 55 52, JW. **03** Beil. 89: § 1006 gilt auch für Besitz, der vor dem 1. 1. 00 erlangt ist, und ist auch in vor diesem Zeitpunkt anhängig gewordenen Prozessen anzuwenden.

Fünfter Titel.

Miteigentum.

§ 1008. 1. Verhältnis zwischen Bruchteilsgemeinschaft und Gesamthandsgemeinschaft.

a) Spieß, Die Grundstückszusammenlegung in Preußen, CBlFrG. **3** 485 ff.: Das Vorbild der Eigentumsgemeinschaft nach Bruchteilen des BGB. ist das römisch-rechtliche condominium pro indiviso. Es ist daher die Auffassung der römischen Juristen und die über diese ihre Anschauungsweise bestehende bekannte gemeinrechtliche Streitfrage, wie das Rechtsverhältnis theoretisch zu kon-

struieren sei, insbesondere was man sich dabei geteilt denken müsse — nur das Recht, oder zugleich auch in besonderer Art die Sache, oder aber nur deren Nutzkraft oder Wert, — auch heute noch von Interesse. Logischerweise läßt sich nur von einer Teilung des Rechtes reden und zwar in folgendem, von den bisherigen Anschauungen abweichendem Sinne: der Begriff des Geteiltseins entstammt überhaupt dem Realen, dem Körperlichen und ist von da im Bilde auf unkörperliche Dinge übertragen. Auch das Recht hat man sich daher im vorliegenden Falle im Bilde so geteilt zu denken, wie eine körperliche Sache geteilt sein kann: bei bestehender Rechtsgemeinschaft derart, daß die einzelnen Teile, sich dadurch gegenseitig die Selbständigkeit versagend, untereinander zusammenhängen — partes indivisae = unabgetrennte Teile —, oder nach stattgehabtem Teilungsgeschäfte jeden Rechtsteil für sich und jetzt als selbständiges Recht bestehend, wie voneinander abgetrennte Sachteile — partes divisae —. Denn „dividere“ heißt nicht bloß „ein Ganzes teilen“, sondern auch „Teile voneinander trennen“. Die ersteren Rechtsteile sind die ideellen Teile des römischen Rechtes, die Bruchteile des BGB.

Nur auf ungenauem Sprachgebrauche beruht es, wenn in den §§ 1095, 1106, 1114 von Bruchteilen von Sachen die Rede ist. Gemeint sind Bruchteile des Rechtes.

Eine der neben der Bruchteilsgemeinschaft vom BGB. zugelassenen Formen anderweiten gemeinschaftlichen Eigentums ist nach EGzBGB. Art. 181 Abs. 2 das vor der Einführung des Gesetzbuchs bereits begründete deutsch-rechtliche Gesamteigentum. Dahin gehört in Preußen auch ein Teil der sog. agrarischen „Gemeinheiten“ (112).

Bei Gemeinheitsteilungen und bei Grundstückszusammenlegungen kann hier auch heute noch — Art. 113 EGzBGB. — deutsch-rechtliches Gesamteigentum neu begründet werden, wie es namentlich regelmäßig bei den in diesen Verfahren geschaffenen gemeinschaftlichen Wegen der Fall ist (609 ff.).

Auch bei der deutsch-rechtlichen Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand, einschließlich der im BGB. erhaltenen Formen derselben, §§ 719, 1438 usw., bestehen wie beim gewöhnlichen Miteigentume die Rechte der einzelnen Mitberechtigten in ideellen, d. h. Rechtsteilen. Aber die selbständige Ausübung dieser Rechtsteile als solcher, die demgemäß hier ruhen, durch die einzelnen ist in diesem Falle bei fortdauernder Gemeinschaft ausgeschlossen, und dies ist der Grund, weshalb sie überhaupt nicht quantitativ (als Bruchteile) gekennzeichnet zu werden brauchten (114, 611).

Keine Bruchteile im Sinne des § 1008 sind in Preußen, obschon ebenfalls nur durch einen Zahlenbruch als Teile eines Ganzen charakterisiert, die in einem Grundstückszusammenlegungsverfahren bei der Bildung eines sog. Gesamtplans festgesetzten Abfindungsquoten. Sie sind nicht ideelle Rechtsteile, sondern eigenartige, weil ihrer Lage nach nicht mehr erkennbare räumliche Sachteile. (480 ff.).

b) Aus der Praxis:

OLG. Colmar, ElsLothrJZ. 23 23: Übertragung eines gemeinschaftlichen Grundstücks an zwei Miterben in der Erbteilung macht sie zu Miteigentümern, nicht Gesamthandseigentümern.

OLG. 5 357 (KG.): Eine Erbengemeinschaft kann vertragsmäßig nicht begründet, insbesondere auch zwischen Miterben nach erfolgter Auseinandersetzung nicht durch Vertrag wieder eingeführt werden.

2. BayrObLG., R. 03 551: Erwerben Ehegatten ein Grundstück zu vollem Eigentum ohne Anteilsbestimmung, so ist anzunehmen, daß sie zu gleichen Teilen Miteigentümer werden.

§ 1009. RG. SeuffA. **58** 352: Zur Erwerbung einer Briefhypothek an einem im Miteigentume stehenden Grundstück ist erforderlich, daß der Hypothekenbrief dem Gläubiger von sämtlichen Miteigentümern übergeben wird.

BayrObLG., SeuffA. **58** 406, SeuffBl. **68** 13: Das in Miteigentum stehende Grundstück kann zugunsten eines Miteigentümers mit einer Hypothek belastet werden; diese Hypothek unterliegt dann nicht den Beschränkungen der Eigentümerhypothek (§§ 1177, 1197 usw.).

OLG. Köln, RheinNotZ. **48** 82: Auch bei Gemeinschaft zu gesamter Hand ist Belastung für einen Gemeinschafter zulässig.

§ 1010. Im Abs. 1 ist „Belastung" irreführend. Es handelt sich um Verfügungsbeschränkung, Ausnahme zu § 137. Im Abs. 2 dagegen liegt echte Belastung vor mit der Natur einer Sicherungshypothek. Reichel, Iherings J. **46** 77 f.

Vierter Abschnitt.

Erbbaurecht.

§ 1012. Kretzschmar, Das Erbbaurecht, CBlFrG. **3** 447 führt unter einer Kritik der im preuß. Justizministerialblatte **02** 6—8 enthaltenen Ausführungen über die Zulässigkeit der Beleihung von Erbbaurechten mit Mündelgeld aus, daß das Erbbaurecht infolge seiner Eigenschaft als Grundstücksbelastung auch durch eine Zwangsversteigerung des Oberflächengrundstücks zum Erlöschen kommen kann und daß es sich zu einer hypothekarischen Beleihung nur dann eignet, wenn die Hypothek auf dem Oberflächengrundstück an erster Stelle eingetragen ist.

Wittmaack, AzivPr. **93** 323: Erbbaurechte und andere Gerechtigkeiten, die ein Grundbuchblatt erhalten, mit Mündelgeld zu beleihen, ist nicht zulässig.

OLG. **8** 122 (Stuttgart): An Begräbnisstätten kann ein Erbbaurecht zu dem Zwecke bestellt werden, Sicherheit für alle Zeiten dagegen zu erlangen, daß die Grabstätten zerstört werden und der Grund und Boden, worin und worauf sie sich befinden, in anderer Weise benutzt wird. Als „Bauwerke" im Sinne des § 1012 sind Grabstätten jedoch nicht anzusehen, wenn es sich nur um einfache Gräber, d. h. nicht ausgemauerte Gruben, in denen die Särge versenkt sind und die im Laufe der Zeit als solche verschwinden, handelt, sondern nur dann, wenn sich auf den Grabstätten z. B. steinerne Denkmäler befinden, wenn die Gräber nach Art von Grüften angelegt, vielleicht auch, wenn sie nur mit steinernen oder ähnlichen festen Einfriedigungen versehen sind. Vgl. oben Ziff. 7 zu § 873 u. JDR. **1** Ziff. 11 zu § 1012, über den Begriff des Bauwerks ebenda, Note 1. —

§ 1017. Der Grundeigentümer muß gemäß § 997 als berechtigt angesehen werden, das auf Grund eines Erbbaurechts errichtete Gebäude nach dem Erlöschen dieses Rechtes gegen Ersatz des Wertes des abgebrochenen Gebäudes zu behalten. Wittmaack, A.zivPr. **93** 340.

Fünfter Abschnitt.

Dienstbarkeiten.

Erster Titel.

Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. 1. Vgl. W. Müller, Deutsches Bau- und Nachbarrecht (1903): Eine Durchfahrt kann auf Verlangen der Baupolizeibehörde als Grunddienstbarkeit eingetragen werden; die Löschung dieser Eintragung kann nicht ohne Zustimmung der Baupolizeibehörde erfolgen (109).

Schlomka bekämpft, CBlFrG. 3 521 ff., die vom KG. und RG. vertretene Meinung, daß das Verlangen des Eigentümers, zugunsten des einen seiner benachbarten Grundstücke auf dem Grundbuchblatte des anderen eine Grunddienstbarkeit des Inhalts einzutragen, daß von dem belasteten Grundstück eine bestimmte Fläche unbebaut bleiben müsse, zu einer Eintragung nicht führen könne, weil es an einer mitkontrahierenden Person fehle und infolgedessen keine Einigung vorliegen könne.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 959 ff.: Zur Umwandlung eines zwischen zwei Grundstücken desselben Eigentümers bestehenden tatsächlichen Dienstbarkeitsverhältnisses in eine Grundgerechtigkeit genügt es, wenn bei der Veräußerung des einen Grundstücks aus dem Vertrage der übereinstimmende Wille der Kontrahenten auf Fortdauer des bisherigen Zustandes zu entnehmen ist.

3. a) Die Verpflichtung eines Grundstückseigentümers, sich für den Fall der Entziehung der durch die festgesetzte Straßenfluchtlinie bestimmten Grundfläche mit einer festgesetzten Entschädigung begnügen zu wollen, kann nicht für die Gemeinde eingetragen werden. KGJ. **25** A 147 (KG.).

b) Wie sich aus dem Wesen der Dienstbarkeit als dem Rechte, ein fremdes Grundstück in bestimmter Weise zu benutzen, ergibt, kann ein Grundstück nur insoweit mit einer Dienstbarkeit belastet werden, als eine Benutzung der gedachten Art an ihm möglich ist; darüber hinaus ist eine Belastung der freien Vereinbarung der Parteien entzogen. Nun kann allerdings ein Grundstück, das grundbuchlich sich als eine Einheit darstellt, nur als Ganzes belastet werden, selbst wenn die Last ihrem Wesen nach nur einen Teil des Grundstücks ergreifen kann. Das ändert sich aber, wenn die grundbuchliche Einheit gelöst und ein Teil des Grundstücks auf ein anderes Grundbuchblatt übertragen wird. Dann greift § 1026 Platz. Erstreckt sich die Dienstbarkeit nicht auf das abgezweigte Stück mit, so ist sie nicht auf dieses zu übertragen, und erfolgt dennoch die Übertragung, so ist das Grundbuch unrichtig geworden. KG., PosMschr. **03** 108 ff., CBlFrG. **4** 266.

4. Während das BayrObLG., R. **03** 401, eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, daß der Eigentümer eines Grundstücks zugunsten des Eigentümers eines Nachbargrundstücks, auf dem eine Gastwirtschaft betrieben wird, sich verpflichtet, auf seinem Grundstück eine Gastwirtschaft nicht zu errichten, für zulässig erklärt, führt das OLG. Colmar, OLG. **6** 119, ElsLothrJZ. **23** 123 aus: Soll den Inhalt der Grunddienstbarkeit bilden, daß auf einem Grundstück ein bestimmter Fabrikbetrieb nicht stattfindet, und ist der einzige Zweck dieser angeblichen Grunddienstbarkeit der, einen Konkurrenzbetrieb auszuschließen, so dient die Dienstbarkeit in Wahrheit nicht dem Grundstück und dessen Benutzung, sondern rein persönlichen Zwecken, ist also keine Grunddienstbarkeit i. S. des § 1019. Vgl. JDR. **1** zu § 1019 Note 4.

5. Die Eintragung einer Dienstbarkeit als Grunddienstbarkeit ist unzulässig, wenn es an einem bestimmten herrschenden Grundstücke fehlt (dauernde Erhaltung von Grundflächen zu Promenadenzwecken). OLG. Braunschweig, CBl.-FrG. **4** 36, BraunschZ. **50** 119.

6. BayrOLG., R. **03** 430 Nr. 2267: Ein Entschädigungsanspruch ist kein Recht, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke gegenüber dem anderen Grundstück ergibt, sondern er findet seine Begründung durch die Handlung des Beschädigers. Aus dem Eigentume fließt nur das Recht auf Abwehr der schädigenden Handlung, während der Anspruch auf Schadensersatz den Hinzutritt eines weiteren Rechtsgrundes erfordert, der die Haftung des Handelnden für den von ihm verursachten Schaden rechtfertigt. Der Verzicht auf Ersatzansprüche bedeutet sohin die Befreiung von einer Schuld, verschafft aber keineswegs dem

Schuldner irgendwelche Befugnisse in Beziehung auf die geschädigte Sache und kann deshalb den Inhalt einer Dienstbarkeit nicht bilden.

7. KGJ. 25 A 145 (KG.): Durch den Verzicht auf das gesetzliche Vorkaufsrecht kann der Inhalt einer Grunddienstbarkeit im Sinne des § 1018 nicht begründet werden. Durch den Verzicht soll das belastete Grundstück von einer Haft befreit werden, nicht aber wird seinem Eigentümer das Grundstück, mit welchem das Vorkaufsrecht andernfalls verknüpft gewesen wäre, dinglich unterworfen.

OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 97: Das Recht auf Nutzung der auf fremdem Grundstücke stehenden Weidenbäume kann Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein.

8. Vgl. im übrigen auch die Entscheidungen in JDR. **1** zu § 1019.

§§ 1021, 1022. Kretzschmar führt R. **02** 574 aus:

a) Die Eintragung einer Reallast neben der Dienstbarkeit für den Fall des § 1022 ist nicht erforderlich, wenn es bei der Regel verbleibt, also der Eigentümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten hat. Das gleiche gilt auch für andere Fälle: die Bestimmungen der Beteiligten über die Unterhaltungspflicht bedürfen zu ihrer dinglichen Wirksamkeit der Eintragung einer Reallast neben der Dienstbarkeit nicht; würde die Verpflichtung des Dienstbarkeitsberechtigten auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks eingetragen, so würde dem Berechtigten die Befugnis, durch Aufgabe der Dienstbarkeit der mit dieser verbundenen Verpflichtungen für die Zukunft sich zu entledigen, entzogen sein. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1021.

b) Die Zwangsvollstreckung gegen den Unterhaltungspflichtigen wegen eines Anspruchs aus dieser Verpflichtung kann von dem Gegner nur als persönlichem Gläubiger betrieben werden; liegt dem Eigentümer des dienenden Grundstücks die Unterhaltungspflicht ob, so ist die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen dieses Anspruchs unzulässig.

§ 1023. Nur die Verlegung an eine andere Stelle desselben Grundstücks, nicht die Verlegung auf ein anderes Grundstück kann verlangt werden. **RG.** SeuffA. **58** 352.

§ 1026. KG., PosMschr. **03** 108 ff., vgl. o. unter Ziff. 3 b zu § 1018.

§ 1027. Der actio confessoria gegenüber ist nicht nur der Eigentümer des belasteten Grundstücks, sondern jeder Dritte Störer, jeder, der die Dienstbarkeit beeinträchtigt, passiv legitimiert. So mit Planck Anm. 2 u. Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1027, OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 127. Vgl. auch JDR. **1** zu § 1027.

§ 1029. Der Rechtsbesitz findet Schutz nur nach § 862 (Störung), nicht nach § 861 (Entziehung); denn es gibt keine Entziehung des Rechtsbesitzes; es kann deshalb auch von einem besonderen Selbstschutzrechte, von einer eigenmächtigen Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 859 Abs. 3 u. 4) keine Rede sein. (A. A. Planck.) Dafür spricht auch, daß der Rechtsschutz nur ein negatorischer, nicht ein vindikatorischer ist. Bunsen, Besitzschutz im BGB., ABürgR. **23** 69 ff. Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 1090.

Zweiter Titel.

Nießbrauch.

Vorbemerkung: Für diesen Titel sind die theoretischen Behandlungen in Monographien ebenso spärlich wie die Entscheidungen der Praxis. Es sind deshalb hier mehr als anderwärts die Äußerungen der Kommentare und Lehrbücher zu den zahlreichen Streitfragen berücksichtigt.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. 1. An das kirchenrechtliche Pfründenrecht, das durch Art. 80 Abs. 2 EGzBGB. aufrechterhalten ist, knüpft sich die Streitfrage, ob in Fällen, in welchen das Landesrecht auf landesgesetzliche Vorschriften über den Nießbrauch verweist, jetzt die Vorschriften des BGB. Platz greifen oder das bisherige Landesrecht gleichfalls in Geltung bleibt. Für Geltung des BGB.: Fuchs Vorbem. 5, Turnau-Förster Vorbem. 4, Oberneck 402, Cosack 181, Leske I 462. A. M. Dernburg III 538, der Landesrecht gelten läßt.

2. BayrObLG., BayrNotZtg. **03** 197: Wenn in einem Kaufvertrage dem Verkäufer ein Nießbrauch an der Sache vorbehalten wird, so heißt dies nichts anderes, als daß er sich verpflichtet, nach Eigentumserwerb Nießbrauch zu bestellen.

3. Antichretisches Pfandrecht. In Form des Nießbrauchs kann auch ein antichretisches Pfandrecht an einem Grundstücke bestellt werden, jedoch mit der Beschränkung, daß es mit dem Tode des Gläubigers erlischt. Jastrow, Form.-Buch II 152 Muster 91.

KG., OLG. **6** 266, KGJ. **25** A 290 u. OLG. **6** 121 (Celle): Antichretisches Pfandrecht an einem Grundstück ist unzulässig. Ebenso Nießbrauch mit der Bestimmung, daß er ohne Rücksicht auf die Lebensdauer des Berechtigten für die Dauer des Bestehens einer Forderung gelten solle.

4. Nießbrauch in Verfügungen von Todes wegen. Der Erblasser kann den Nießbraucher von Verpflichtungen befreien, die dem Nießbraucher nach dem Gesetze dem Eigentümer gegenüber obliegen (z. B. §§ 1035, 1041, 1045, 1047, 1051), da diese Vorschriften nicht den Inhalt des dinglichen Rechtes bestimmen (dieser kann nicht willkürlich festgesetzt werden, da nur die gesetzlichen Kategorien dinglicher Rechte möglich sind), sondern obligatorischer Natur sind. Erdmann, AzivPr. **94** 294. Wenn dagegen der Erblasser dem Nießbraucher Dispositionsbefugnis geben will, so entsteht kein Nießbrauch mehr; der Bedachte wird vielmehr Testamentsvollstrecker, sofern die Dispositionsbefugnis nur zum Zwecke der Verwaltung eingeräumt ist, sonst Vorerbe (295 ff.).

§ 1031. Über die Frage, ob der Nießbrauch an einem Grundstücke sich auch auf ein diesem Grundstück im Grundbuche zugeschriebenes Grundstück erstreckt, gehen die Meinungen auseinander. Planck, Note 5 zu § 1030 und Note 3 zu § 890, Oberneck 405, Biermann, Fuchs 304, Cosack II 182 verneinen die Frage (arg. e contr. § 1131); Matthiaß II 112 erklärt es für Auslegungsfrage. A. M. Dernburg 543 ohne näherere Begründung. Vgl. auch JDR. **1** zu § 1031.

§ 1032. 1. Ist der Erwerber des Nießbrauchs schon im Besitze des Grundstücks, das er von nun ab als Nießbraucher besitzen soll, so muß dieser Besitz nach Endemann § 80 Anm. 12 ein unmittelbarer sein, nach Planck dagegen ist der mittelbare und unmittelbare Besitz in dieser Beziehung gleich zu behandeln. Derselben Ansicht ist Biermann, Note 4 zu § 929.

2. Über Erwerb durch Vertreter vgl. JDR. **1** § 929 Note 7.

§ 1034. Nach Dernburg III 554 finden die im ALR. I. 21 §§ 28, 419 ff. zugunsten des Eigentümers darüber aufgestellten Vermutungen, in welchem Zustande sich die Sache bei der Übergabe befunden hat, für den bei Inkrafttreten des BGB. schon bestehenden Nießbrauch weiterhin Anwendung; anders Turnau-Förster Note 1.

§ 1035. 1. Inbegriff von Sachen.

Nach Biermann Note 1 ist der Begriff dann erfüllt, wenn eine Mehrheit von Sachen zu einer wirtschaftlichen oder vertragsmäßigen Einheit zusammengefaßt wird, z. B. eine Herde, ein Warenlager, eine Bibliothek. Fuchs Note 1

will nur den objektiven Begriff einer vom Verkehr als wirtschaftlichen Einheit verstandenen Gesamtheit von Sachen gelten lassen, z. B. das Inventar eines Grundstücks und das Grundstück samt dem Inventar, das Landgut, das landwirtschaftliche Grundstück.

2. Was ist Gegenstand des Nießbrauchs?

Mit Planck Note 1 ist Biermann Note 1 dafür, daß der Nießbrauch an den einzelnen zum Inbegriffe gehörigen Sachen besteht, so daß die Rückgabepflicht sich im einzelnen verschieden nach § 1067 oder § 1055 Abs. 1 richten kann.

Möglich ist nach Biermann jedoch, die Vorschrift des § 1048 als vereinbart auch in einem Inbegriff anzunehmen. Fuchs Note 2 stellt den § 1035 dem § 1085 gegenüber und kommt zu dem Schlusse, daß nach § 1035 der Nießbrauch auch an dem Sachbegriff als solchem möglich sei. Er führt Note 3 zu § 90 aus, der Nießbrauch an einem Vermögen sei nach BGB. ein von dem Nießbrauch an allen einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen qualitativ verschiedenes Recht (arg. §§ 588, 1048).

3. Vollstreckung des Anspruchs.

Der Anspruch auf Verzeichnung entspringt aus dem dinglichen Rechte. Wird von einem der dinglich Berechtigten die Mitwirkung zum Inventare verweigert, so hat der andere die Klage und die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung aus § 887 ZPO. Ist der eine Teil ermächtigt, auf Kosten des anderen die Handlung, d. i. die Verzeichnung selbst vorzunehmen, so kann er, wenn er Widerstand findet, gemäß § 892 ZPO. einen Gerichtsvollzieher zur Anwendung von Gewalt zuziehen. Das Inventar ist grundsätzlich Privatinventar, die Mitwirkung des Notars ist stets möglich. Außerhalb der Vollstreckungsinstanz darf aber auch der Notar nicht gegen den Willen des anderen Teiles verzeichnen. Carlebach, Das notarielle Vermögensverzeichnis, DNotVZ. **03** 10 ff.

4. Über die Möglichkeit eines Erlasses der Verpflichtung des Nießbrauchers im Testamente vgl. oben § 1030 Nr. 4.

§ 1036. Unmittelbarer Besitz ist nach der herrschenden Meinung hier allein gemeint. AM. Fischer-Henle Note 2.

§ 1038. Selbständigen Nießbrauch nur am Walde 2c. hält Fuchs (§§ 93 bis 96 Note 15 β) trotz § 93 für möglich.

§ 1041. Vgl. oben § 1030 Note 4.

§ 1044. Ausbesserungen und Erneuerungen durch den Eigentümer, die die Nutzungen des Nießbrauchers beeinträchtigen, verpflichten jenen zum Ersatze. Staudinger-Kober Note 3. A. M. Biermann.

§ 1045. 1. Feldfrüchte sind nicht gegen Hagelschaden zu versichern. Planck Note 2. A. M. Biermann Note 1 u. Gierke, Jherings J. **40** 434 ff.

2. Über Erlaß der Verpflichtung durch Testament vgl. oben § 1030 Nr. 4.

§ 1047. 1. Straßenpflasterungskosten sind nach Oberneck 413 als eine außerordentliche auf den Stammwert gelegte Last anzusehen, die der Nießbraucher nicht zu tragen hat. Nach Fuchs Note 2a fallen sie ihm zur Last, weil sie auf dem Ertragswerte ruhen.

2. Zweifelhaft ist, ob der Nießbraucher oder der Eigentümer die Zinslast bei Gesamthypotheken, bei nachträglicher Erhöhung des Zinssatzes von Hypotheken, bei Maximalhypotheken und bei Eigentümerhypotheken zu tragen hat; ebenso die Verzugszinsen und die Zinsen einer durch Vormerkung gesicherten Forderung. Vgl. auch IDR. **1** zu § 1047.

a) Gesamthypotheken. Nach den Protokollen 399 ist § 420 anwendbar. Dernburg III 551 erklärt sich dafür, daß der Nießbraucher einen dem Wertverhältnis entsprechenden Anteil trägt; ebenso Planck Note 2 b δ; a. M. Biermann, der die ganze Last dem Nießbraucher zuschreibt. Die Motive zum

Johowschen Entwurfe des Sachenrechts 1293, denen sich Fuchs Note 2b anschließt, machen den Unterschied, ob es im Interesse der Bewirtschaftung des Nießbrauchgrundstücks geschah, daß die Gesamthypothek aufgenommen wurde, — dann hat der Nießbraucher die ganzen Zinsen zu zahlen, — oder ob dies nicht der Fall war, — dann hat er den auf ihn entfallenden Anteil zu entrichten. Ebenso Oberneck 414.

b) Über nachträgliche Erhöhung der Hypothekenzinsen vgl. JDR. 1 651, sowie Oberneck 414 f., Fischer-Henle Note 4, Fuchs Note 2b, Cosack § 216, Turnau-Förster Note I 3, Lehmann 236.

c) Zinsen einer Maximalhypothek trägt nach Biermann Note b der Nießbraucher, nach Fuchs Note 2b der Eigentümer, ebenso nach Dernburg, jedoch nur bis zur Umwandlung in eine feste Hypothek.

d) Daß Zinsen einer Eigentümerhypothek vom Nießbraucher zu zahlen sind, wird allgemein angenommen. Vgl. JDR. 1 zu § 1047 Abs. 3.

e) Nach Planck Note 2b β hat der Nießbraucher Verzugszinsen nicht zu zahlen, es sei denn, daß der Verzug schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs eingetreten war; Biermann ist dafür, auch in diesem Falle die Haftung des Nießbrauchers für Verzugszinsen zu leugnen; so auch Turnau-Förster, da die Zinspflicht auf dem Verzuge des Eigentümers beruhe. Vgl. auch Kuhlenbeck Note 5 und Männer § 46 Anm. 42.

f) Übereinstimmend wird angenommen, daß Zinsen einer durch Vormerkung gesicherten Forderung dem Nießbraucher nicht zur Last fallen. Planck, Biermann, Fuchs.

§ 1048. Eine Verfügung, die die Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft überschreitet, ist nach Biermann Note 1 und Fuchs Note 1b trotzdem wirksam; nach Planck Note 2a ist sie nur wirksam, wenn sie ihrem Inhalte nach innerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft liegen kann und wenn der Dritte die Überschreitung der Grenze ordnungsmäßiger Wirtschaft im Einzelfalle nicht kennt. Für vollständige Unwirksamkeit scheint Dernburg III 552 einzutreten.

§ 1049. Nach Biermann Note 1 kann der Nießbraucher auch Ersatzansprüche gegen einen Eigentümer zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs, der es zur Zeit der Verwendung noch nicht war, geltend machen. A. M. Planck Note 2.

§ 1051. 1. Die begründete Besorgnis einer Verletzung (§ 2128) bezeichnet die konkrete Gefahr. Vgl. zu §§ 228, 1133. — „Erheblich“ trifft den Umfang der Verletzung. Keine Strohhalmaffären, welche das Verkehrs- und Rechtsleben nicht berücksichtigen (§§ 320, 259, 459, 906). An die Nähe der Gefahr, Höhe derselben, die Besorgnis des alsbaldigen Eintreffens des Unfalls ist nicht gedacht. Rotering, AbürgR. 22 22.

2. Bei Miteigentum kann nach Planck Note 2 jeder Eigentümer Sicherheit für sich beanspruchen, nach v. Seeler, Miteigentum 47, und Biermann nur Sicherheitsleistung an alle Eigentümer gemeinschaftlich.

§ 1052. Zweifelhaft ist, welches Gericht für die Anordnung und Aufhebung der Verwaltung zuständig ist. Planck Note 2, 5, Turnau-Förster Note 1 und Fischer-Henle Note 4 sind der Ansicht, daß das Prozeßgericht das Verfahren einzuleiten habe; nach Oberneck 415, Biermann Note 1 und Fuchs Note 2 ist das Vollstreckungsgericht zuständig, zur Fristsetzung nach Oberneck jedoch das Prozeßgericht.

§ 1058. Die Fiktion hat nicht zur Folge, daß der Besteller für Ersatzansprüche aus Verwendungen ꝛc. passiv legitimiert wird, Planck Note 1c, Turnau-Förster Note 1, a. M. Biermann Note 1, Fuchs Note 1. Übereinstimmend wird angenommen, daß sie im Verhältnisse zwischen Eigentümer und

Nießbraucher allgemein gilt, insbesondere auch in Prozessen des Bestellers gegen den Nießbraucher, die Entscheidung also für den Eigentümer bindend ist. Vgl. Planck Note 1d, Biermann Note 1, Hellwig, Rechtskraft 420 f. und R. 03 64. S. auch JDR. 1 zu § 1058 Note 2.

§ 1061. 1. Nießbrauch für Gesellschaften, die nicht rechtsfähig sind, aber unter eigenem Namen Rechte erwerben können, z. B. offene Handelsgesellschaft, erlischt nach Cosack II 189 mit dem Tode des letzten Inhabers z. Z. der Bestellung. A. M. Dernburg III 541, Planck Note 3, Biermann Note b, die diese Gesellschaften den juristischen Personen gleichstellen. Fuchs Note 2 will nach den Umständen des Einzelfalls entscheiden. S. auch JDR. 1 zu § 1061.

2. Nießbrauch, der nach altem Rechte entstanden ist, erlischt nach herrschender Ansicht auch nach dessen Vorschriften. A. M. Dernburg III 541, der es nur dann anwenden will, wenn die Beschränkung in der Zeit als Auslegung der Bestellung aufzufassen ist.

§ 1066. Fuchs Note 4 läßt den Nießbrauch am Surrogat ipso jure entstehen, entgegen der herrschenden Meinung. Vgl. auch Männer 224.

§ 1067. In diesem Falle findet nach Planck Note 3a der § 1064 keine Anwendung. A. M. Biermann.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 1068. 1. Über Anwendung des § 1047 auf Nießbrauch an Miet- und Pachtrechten und Käuferansprüchen vgl. Planck Note 2c: Mangels Vereinbarung hat der Nießbraucher Mietzins und Kaufpreis zu zahlen.

2. Übereinstimmend wird angenommen, daß an einem Vorkaufsrecht ein Nießbrauch nicht bestellt werden kann; Planck Note 1 zu § 1068 und Note 1 zu § 1070, Turnau-Förster und Biermann zu § 1070.

§ 1069. Nach Planck Note 1 muß die Bestellung des Nießbrauchs an einem Erbbaurechte 2c. nach § 925 erfolgen; a. M. Fuchs Note 2a und Turnau-Förster Note 1. Vgl. Biermann Note 1.

§ 1070. 1. Wegen des Vorkaufsrechts vgl. o. § 1068 Note 2.

2. Biermann Note 1 und Kuhlenbeck nehmen an, daß auch der Nießbrauch an dem Anspruche des Eigentümers auf Herausgabe der Sache hierher gehört, während Planck Note 1 und Fuchs Note 2 in einem solchen Nießbrauch einen Nießbrauch an der Sache selbst sehen.

§ 1071. Planck Note 1 läßt die Aufrechnung gegen eine nießbrauchsbelastete Forderung mit Forderungen gegen den Gläubiger allgemein zu, Biermann Note 1 nur unter analoger Anwendung der Beschränkung im § 406.

§ 1072. Fuchs Note 2 sagt: Der Erwerb eines nicht gelöschten, aber nicht mehr bestehenden Nießbrauchs am Hypothekenrecht untersteht dem Schutze des öffentlichen Glaubens, § 802, vgl. auch Fuchs Note 3a und b zu § 892. Dagegen Turnau-Förster Note 4, weil der Nießbrauch nicht übertragbar ist.

§ 1073. 1. Wegen der Amortisationsquoten, die in Zinsenraten enthalten sind, unterscheidet Planck, ob das Kapital gegen eine Rente überlassen ist (Annuität), oder ob es sich um eine Kapitalsrückzahlung handelt, und spricht nur im ersten Falle die Quote dem Nießbraucher zu. Vgl. Fuchs Note 2 und Turnau-Förster Note 2, die nach den Besonderheiten des Einzelfalls entscheiden wollen. Oberneck, 419, verlangt Neuanlegung der Quoten mit Nießbrauch daran.

2. Nießbrauch an übertragbaren Nutzungen unübertragbarer Rechte wird von Dernburg III 536 gegen Turnau-Förster Note 3 für zulässig gehalten.

§ 1074. 1. Während nicht bezweifelt wird, daß der Nießbraucher zum Erlaß und zur Annahme an Zahlungsstatt nicht berechtigt ist, erklären Staudinger-Kober Note 1c ihn gegen die herrschende Meinung für befugt zur Abtretung gegen Ablösung.

2. Den Nießbraucher hält Dernburg III 564 für berechtigt zur Aufrechnung; anders die herrschende Lehre.

3. Den Schuldner erachten für berechtigt zur Aufrechnung mit Forderungen gegen den Nießbraucher Dernburg III 565, Lehmann 238, Biermann Note 1e. A. M. Planck Note 1c, Männer 226, Matthiaß II 125. Vgl. schon JDR. **1** zu § 1074.

4. Zur Ausübung des Wahlrechts bei Wahlschulden hält Fuchs Note 1 gegen die gemeine Meinung den Nießbraucher für nicht berechtigt.

§ 1075. Tritt ein Grundstück an die Stelle, so ist nach Dernburg III 565 und Endemann 410 gegen die herrschende Meinung Eintragung zur Entstehung erforderlich. Vgl. aber JDR. **1** zu § 1075.

§ 1077. 1. Am Gelde, das an Nießbraucher und Eigentümer gemeinschaftlich gezahlt wird, erwerben beide nach Kipp-Windscheid 934 Miteigentum, nicht aber der eine Eigentum, der andere Nießbrauch. A. M. die herrschende Lehre.

2. Gemeinschaftlich sind nach Planck Note 2 (gegen Biermann Note 2) auch zwei nacheinander, aber rechtzeitig erfolgende Einzelerklärungen.

3. Die Mahnung braucht nach Planck Note 1 nicht gemeinschaftlich zu sein; sonst wird die gegenteilige Meinung vertreten.

§ 1081. Bei Aktien ist das Stimmrecht nach Planck und Biermann gemäß dem Statut, deshalb regelmäßig gemeinschaftlich vom Eigentümer und Nießbraucher, nach Dernburg III 569 vom Eigentümer auszuüben.

§ 1082. Wenn der Nießbraucher Hinterlegung bei der Reichsbank verlangt, hat er nach Dernburg III 569 die Kosten allein zu tragen; a. M. Planck.

§ 1083. Verkauf des Papieres wegen Gefährdung der Sicherheit kann nach Biermann Note 1 und Staudinger-Kober Note 1 (gegen Planck Note 3) auch zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehören.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§ 1085. 1. OLG. **7** 36 (Dresden): Hierher gehört es nicht, wenn jemand an einem einzelnen, jedoch den einzig realisierbaren Teil seines Vermögens darstellenden Gegenstand einen Nießbrauch bestellt.

2. Gehört ein Grundstück zum Vermögen, so ist im Grundbuch ersichtlich zu machen, daß es sich um einen Vermögens-, nicht Einzelnießbrauch handelt; Turnau-Förster §§ 1085—1089 VII; a. M. Biermann Note 1; vgl. Fuchs.

3. Bei Nießbrauch an einem Handelsgeschäfte finden die §§ 22 und 25 HGB. analoge Anwendung; Biermann Note 5, Staub, HGB. § 22 Note 4. A. M. Lehmann, HGB. § 25 Note 5.

§ 1086. 1. Unterhaltsansprüche gehören hierher, wenn die Verwandtschaft vor der Nießbrauchsbestellung schon bestand; Planck Note 2, Biermann Note 1. Für die Leistungsfähigkeit ist nach Planck der Nießbrauch aber zu berücksichtigen; a. M. Biermann.

2. Bei verbrauchbaren Sachen kann nach herrschender Lehre der Nießbraucher auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt werden; a. M. Biermann.

§ 1087. Bestand eine Verbindlichkeit gar nicht, und leistete der Nießbraucher gemäß Abs. 2, so ist nach Planck Note 6a die Verfügung unwirksam

und der Nießbraucher, wenn ihn ein Verschulden trifft, zum Schadensersatze verpflichtet; nach Biermann Note b geht auf den Erwerber gar kein Eigentum über. Nach Kipp-Windscheid 937 ist die Veräußerung gültig und der Nießbraucher dem Besteller gegenüber ersatzpflichtig. Ebenso liegt es, wenn der Nießbraucher im Falle der Gefahr für den Besteller geleistet hat, nachdem er einen Gegenstand, der dem Nießbrauch unterliegt, veräußert hat. Nach Planck Note 6 b und Biermann Note b kommt der gute Glaube des Erwerbers gemäß § 932 nicht in Betracht.

§ 1088. 1. Auch andere wiederkehrende Leistungen hat der Nießbraucher zu bewirken, soweit die Einkünfte nach Zahlung der Zinsen ausreichen. Planck Note 1 b, Biermann.

2. Können nicht alle Gläubiger ganz befriedigt werden, so muß es pro rata geschehen. Planck Note 5.

§ 1089. OLG. **1** 19 (Bamberg): Nießbrauch an einen Erbteile begründet einen Anspruch auf Bestellung eines Nießbrauchs an den einzelnen Erbschaftsgegenständen. A. M. Biermann Note 2, es handele sich um einen Nießbrauch an einem Rechte.

Dritter Titel.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. 1. Gegen Oberneck 427 § 99 Nr. 5 und Planck III 410 Anm. 3 zu § 1091 vertritt Biermann Anm. 1 zu § 1090 die Ansicht, daß nicht nur der Berechtigte, sondern auch derjenige, welcher für diesen das Recht ausgeübt hat, wenn eine Besitzstörung eintritt, den Schutz des § 1029 genieße. Endemann 417 Anm. 8 will die Anwendung des § 1029 nicht zulassen; nach ihm kommt nur die Geltendmachung des Rechtes nach §§ 1027, 1028 in Frage. Dem schließt sich Fuchs 336 Anm. 2 an.

2. Uber den Unterschied des persönlichen Mietrechts und des dinglichen Wohnungsrechts vgl. zu § 535 und Ziff. 1 a. E. zu § 873, insbesondere **RG. 54** 233; JW. **03** Beil. 70.

3. Über Nutzungsrechte an Begräbnisplätzen als beschränkte persönliche Dienstbarkeiten spricht Josef, R. **03** 95. Vgl. auch oben Ziff. 7 zu § 873.

4. Eine Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber eines Grundstücks des Inhalts, daß der Erwerber für sich und seine Besitznachfolger Verzicht auf alle aus einem Gewerbebetrieb auf dem Nachbargrundstücke herzuleitenden Ersatzansprüche leistet, begründet weder eine Dienstbarkeit noch ein anderes dingliches Recht und eignet sich daher nicht zur Eintragung im Grundbuche. Bayr. ObLG., R. **03** 430.

5. Nach KG., SeuffA. **56** 177, sind rein persönliche Verpflichtungen des Käufers eines Grundstücks, die sich weder als Reallast noch als Vorkaufsrecht, noch als beschränkte persönliche Dienstbarkeit darstellen, nicht eintragungsfähig; dahin gehört z. B. die Verpflichtung, den an der Straße belegenen Teil eines Grundstücks nur bis zu einer gewissen Entfernung von der Chaussee zu bebauen.

Andererseits kann nach OLG. **5** 316 (KG.) zum Inhalt einer Grundgerechtigkeit und daher einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemacht werden, daß auf einem Grundstücke die Vornahme gewisser Einrichtungen verboten ist, z. B. Fabriken, andere gewerbliche Betriebe, Verkaufsläden, Vergnügungslokale usw.

§ 1091. Nach den Mot. III 567 ist „persönliches Bedürfnis" auch auf Haushaltung und Erwerbsgeschäft auszudehnen. So auch Oberneck 426 § 99

Anm. 3 und Biermann 280. Dagegen halten Turnau-Förster 510 den Wortlaut des Gesetzes für diese ausdehnende Interpretation nicht für günstig und wollen Auslegung je nach Lage des Einzelfalls. Auch nach Planck III 410 ist die Vorschrift eine Auslegungsregel. Endemann (417) § 107 Anm. 5, ist gleichfalls für eine engere Auffassung, für die nach ihm die ratio legis, besonders §§ 1090, 1092 Satz 1 und der Gegensatz zu den Grunddienstbarkeiten spricht.

§ 1093. 1. Nach Fuchs 337 f. Anm. 1 c ist das Wohnungsrecht sowohl Nießbrauch als auch beschränkte persönliche Dienstbarkeit; ob es das eine oder das andere sein soll, richtet sich nach dem Parteiwillen. Auch Dernburg 550 ist der Ansicht, daß das Wohnungsrecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden kann und daß es Auslegungsfrage ist, ob das eine oder das andere bezweckt werde.

2. Biermann 282 Anm. 2, Planck III 412 Anm. 2 und Fuchs 339 Anm. 5 halten die §§ 1055 Abs. 1, 1060 trotz Nichterwähnung für anwendbar; Fuchs und Biermann auch den § 1061, a. A. Planck mit Rücksicht auf § 1090.

Gegen die Anwendbarkeit des § 1058 erklärt sich Planck a. a. O., dafür Hellwig (Rechtskraft 4277) und Biermann a. a. O.: Die 2. Kommission, die nachträglich den § 1058 einfügte, habe die Anführung im § 1093 versehentlich unterlassen.

3. Wird ein Wohnungsrecht nicht unter Ausschluß des Eigentümers gewährt, so findet nach der herrschenden Meinung nicht § 1093, sondern §§ 1090 bis 1092 Anwendung. Nach Turnau-Förster 511 Anm. 1 kann ein Mitbenutzungsrecht (Einsitz, Beisitz) auch als Reallast nach § 1105 auf ein Grundstück gelegt werden. Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 873.

4. Jastrow, Formularbuch II 157: Wird dem Berechtigten keine abgesonderte Wohnung, sondern nur ein Mitwohnungsrecht in der Wohnung des Eigentümers eingeräumt, so ist § 1093 unanwendbar.

5. Nach der Entscheidung des RG., Gruchots Beitr. **46** 131, kann der durch einen vor 1900 anläßlich eines Grundstücksverkaufs geschlossenen Vertrag zum Wohnen und Empfang von Beköstigung auf dem Grundstücke Berechtigte die Eintragung dieser Last im Grundbuche verlangen.

6. Durch Vereinbarung der Beteiligten kann nach der Entscheidung des OLG. **5** 481 (KG.) ein Wohnungsrecht nicht entstehen, wenn nach dem Parteiwillen die Regeln der Miete gelten sollen und verabredet worden ist, daß die Ausübung des Rechtes anderen überlassen werden soll. Das Wohnungsrecht ist Grundstücksbelastung, erzeugt keine gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, auch nicht die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung der Wohnung in gebrauchsfähigem Zustande. Gestattet ist auch einseitiger Verzicht gemäß § 875.

Sechster Abschnitt.

Vorkaufsrecht.

§ 1094. 1. Der obligatorische Vertrag über Einräumung des Vorkaufsrechts an einem Grundstücke bedarf der Form der Grundstücksveräußerung. Jastrow, Formularbuch II 154.

2. OLG. **7** 37 (Königsberg): Es kommt nicht darauf an, welchen Zweck der Berechtigte mit der Ausübung des Vorkaufsrechts verbindet; er kann es auch ausüben in bloß negativer Tendenz, wenn er beabsichtigt, es nicht dem Käufer zu lassen. Ernstlichkeit ist immer anzunehmen, wenn er die Absicht hat, die Verfügung über das Grundstück zu erlangen. Wie er darüber verfügt, ist gleichgültig, — selbst wenn er es wieder in die Hände des Verkäufers spielen will.

Siebenter Abschnitt.

Reallasten.

§ 1105. 1. Die Reallasten sind dingliche Rechte, nicht wegen des Rechtes gegen den jeweiligen Eigentümer (§ 1105), dieses ließe sich als ein Forderungsrecht mit wechselndem Schuldner auffassen, sondern wegen des Rechtes gegen jedermann, aus dem Grundstücke gewisse wiederkehrende Leistungen zu erlangen, vermöge dessen man sich jede gefährdende Einwirkung verbitten kann (§§ 1107, 1134). Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 269.

2. OLG. 7 32 ff. (KG.): Nach dem BGB. sind Reallasten Belastungen eines Grundstücks der Art, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind. Die Reallast selbst, sowie die einzelnen Leistungen, welche aus dem Grundstücke zu entrichten sind, sind hiernach dinglicher Natur; daneben haftet der Eigentümer persönlich für die fälligen Leistungen (§ 1108). Bei der Reallast besteht das Recht des Gläubigers und die Verpflichtung des Schuldners nicht in einer Forderung bzw. in einer Leistung, vielmehr in fortgesetzt wiederkehrenden Forderungen bzw. Leistungen, durch welche aber das Rechts- bzw. Verpflichtungsverhältnis nicht erschöpft wird. In dem Wesen der grundbuchmäßigen Belastung liegt weiter, daß die Leistungen bei der Reallast in Geldforderungen umwandlungsfähig sind. Dagegen ist nicht erforderlich, daß die wiederkehrenden Leistungen regelmäßig wiederkehrende oder jedesmal von gleicher Größe sind. (Die Entscheidung erörtert sodann die Eintragungsfähigkeit der Verpflichtung zur Feuerversicherung, zum Wiederaufbau abgebrannter Gebäude, zur Einholung einer Genehmigung zu Neubauten, zur Anlage, Unterhaltung und Reinigung der Straßen und des Vormietungsrechts als Reallast.)

3. Einzelne Fälle:

a) Obermeyer, SeuffBl. 68 370: Soweit nicht landesgesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, ist eine Reallast des Inhalts, daß jedes der drei an einem Mühlkanale belegenen Triebwerke für alle Zukunft und mit Wirksamkeit für und gegen die Besitznachfolger je gegenüber den beiden anderen zu einer bestimmten Quote die Unterhaltungs- und Baulast übernimmt, zulässig.

b) OLG. 8 126 (KG.): Die Verpflichtung des Eigentümers, die ihm gestattete Anlage einer Überfahrt vom Grundstücke zur Chaussee zu unterhalten, stellt sich rechtlich als eine Reallast dar, deren Bestellung aber nach dem durch Art. 115 EG. aufrechterhaltenen Verbot im § 91 Abs. 2 verb. mit § 6 des Ges. vom 2. März 1850 in Preußen unzulässig ist. Die Unterhaltungspflicht kann nur in Form einer Rente oder Sicherungshypothek in das Grundbuch eingetragen werden.

c) KGJ. 26 A 118 ff. (KG.): Die im § 4 des preuß. Rentengutsgesetzes vom 27. 6. 1890 vorausgesetzten Vereinbarungen können nicht in das Grundbuch des Rentenguts eingetragen werden. Die Verpflichtungen können weder als Reallasten behandelt, noch kann das Rechtsverhältnis einer anderen Art der dem BGB. bekannten dinglichen Grundstücksbelastungen unterstellt werden. Ebensowenig kann aus den landesgesetzlichen Vorschriften (Art. 62 EGzBGB.) die Eintragungsfähigkeit hergeleitet werden. (Näheres aus der Entstehungsgeschichte a. a. O 121 ff.)

d) OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. 03 165: Die Übernahme der Verpflichtung seitens eines Grundstückseigentümers zu einem positiven Handeln kann weder als Reallast noch als Sicherungshypothek eingetragen werden.

e) Josef, Gruchots Beitr. 47 481 ff., erörtert die bei bäuerlichen Gutsüberlassungsverträgen üblichen Abfindungen, bei denen der Übernehmer des

Grundstücks nicht bloß Geldleistungen, sondern auch die Leistung von anderen Sachen versprach. Diese Verpflichtung ist heute weder als Hypothek noch als Reallast eintragbar (§§ 1113, 1105). Das auf Eintragung der Verpflichtung gerichtete Abkommen ist nichtig (§ 306). — Besonders ist zu betrachten der Fall, daß dem Berechtigten die Leistung des Gebrauchsgegenstandes oder die Zahlung einer bestimmten Geldsumme hierfür versprochen und die Eintragung dieser Verpflichtung bewilligt wird. Der Übernahmevertrag ist hier teilweise gültig, soweit die Verpflichtung zur Geldleistung dinglich durch Eintragung gesichert werden soll. S. a. unten zu § 1113 Note 2.

Achter Abschnitt.

Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Erster Titel.

Hypothek.

Vorbemerkung: Auf dem Gebiete des Hypothekenrechts ist von Wissenschaft und Rechtsprechung im Berichtsjahre fleißig gearbeitet worden. Im Vordergrunde des Interesses stehen neben der Lehre von der Eigentümerhypothek namentlich die Spezialfragen über die Natur der Amortisationsquoten — RG.: nicht Nebenleistungen, Eintragung überflüssig! —, über die Entstehung von Eigentümerhypotheken bei Amortisationsdarlehen, über die Aufhebung des Zusammenhanges einer Reihe von Abtretungserklärungen durch Dazwischenkommen eines durch Erbgang bewirkten Überganges des Hypothekenrechts. Die Eintragung einer Hypothek auf die Firma eines Einzelkaufmanns hat das KG. für unzulässig erklärt; damit dürfte diese Streitfrage für die preußischen Gerichte erledigt sein. Die Eigentümerhypothek hat monographische eindringliche Behandlung insbesondere durch Bruck und Kindel erfahren. Doch konnten aus gewissen äußeren Gründen diesmal nur die Begriffsbestimmungen verzeichnet werden; ein näheres Eingehen auf den Inhalt der beiden Arbeiten mußte der folgenden Berichtsperiode vorbehalten bleiben.

§ 1113. 1. Wesen der Hypothek.

Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld sind dingliche Rechte, aber nicht wegen des an das Grundstück angeknüpften Rechtes gegen den Eigentümer, sonst würden auch die actiones in rem scriptae des römischen Rechtes auf dingliche Rechte zurückweisen, sondern wegen des Rechtes gegen jedermann, aus dem Grundstücke nötigenfalls Befriedigung zu erlangen und demgemäß sich jede diese Befriedigung gefährdende Einwirkung zu verbitten (§§ 1134, 1192). Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 269. Vgl. über das Wesen der Hypothek auch JDR. **1** zu § 1113 Note 1 und unten Note 6.

2. Josef, Gruchots Beitr. **47** 481 bemerkt: Die Verpflichtung des Gutsübernehmers zur Lieferung von Gebrauchsgegenständen, wie sie in bäuerlichen Überlassungsverträgen häufig zum Ausdruck gebracht wird, ist, da an den Gläubiger weder Geldsummen noch bestimmte wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind, weder als Hypothek noch als Reallast eintragbar. S. auch o. zu § 1105 Note 3e.

3. Die im preußischen agrarischen Auseinandersetzungsverfahren Abfindungsgrundstücken auferlegten Kapitalabfindungen, insbesondere die bei Grundstückszusammenlegungen zur Ausgleichung von Wertsunterschieden festgesetzten Herauszahlungen sind — richterliche oder gesetzliche — Pfandrechte früheren Rechtes. Gemäß Art. 113 EGzBGB. gelangen sie auch heute noch als Rechte alter Art zur Entstehung. Auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. existent gewesenen Rechte dieser Art findet Art. 192 EG. Anwendung. Dasselbe muß aber auch hinsichtlich der neu zur Entstehung gelangenden gelten, da der Gesetz-

geber zweifellos nicht beabsichtigt hat, für diese andere Grundsätze gelten zu lassen, wie für die in gleicher Weise begründeten älteren Rechte derselben Art. ← Spieß, Grundstückszusammenlegung, CBlFrG. 3 523 ff.

4. Eine Hypothek kann nach § 1113 für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden, um so mehr für eine befristete, insbesondere für die dem Schenker zustehende, aber erst nach seinem Tode fällige Forderung auf eine durch den Beschenkten zu leistende Herauszahlung. Die Eintragung hat in diesem Falle auf den Schenker selbst zu lauten; die Befristung ist in die Eintragung aufzunehmen, oder es ist auf die Bewilligung Bezug zu nehmen. Eine Eintragung für die künftigen gesetzlichen Erben des Schenkgebers ist unzulässig, weil es ungewiß ist, ob diese Personen bereits vorhanden sind. Unzulässig ist auch die Eintragung für bestimmte Personen als künftige gesetzliche Erben, weil es ungewiß ist, ob diese Erben werden. Schröder, Grundbuchentscheidungen II 40. Vgl. auch JDR. 1 zu § 1113 Note 4 und unten Note 6 b.

5. Eine Hypothek kann nur für eine Kapitalsumme, nicht für eine Rente bestellt werden. Turnau-Förster Anm. 6 zu § 1113; Planck Anm. 2 b zu § 1113; Boehm Anm. II zu § 1199. Vgl. auch unten Note 6 b.

6. Aus der Praxis:

a) Das RG., Gruchots Beitr. 47 672 ff., hat die Erfordernisse der Konvaleszenz einer wegen Nichtzahlung der Valuta unwirksamen Hypothek mittels Unterlegung einer anderweitigen Forderung eines Dritten dahin festgestellt: die Hypothek muß, soweit sie wegen Mangels einer persönlichen Forderung noch nicht besteht, dadurch nachträglich eine materielle Unterlage erhalten, daß sie nunmehr für die bestehende Forderung eines Dritten an den Eigentümer als Sicherheit dienen soll. Dies muß in der Weise geschehen, daß auf Anweisung oder doch mit Zustimmung des Eigentümers der ursprüngliche Gläubiger sein Recht aus der Hypothekenbestellung dem Dritten abtritt. Die Konvaleszenz durch Unterschiebung der Forderung eines Dritten kann nur während unverminderter Dispositionsbefugnis des Schuldners erfolgen, so daß eine wegen Nichtexistenz der ihr untergelegten Forderung ungültige Hypothek nicht mehr konvaleszieren kann, wenn der Pfandbesteller nicht mehr Eigentümer des Pfandgrundstücks ist.

b) RG. 51 43 ff.: Wenn auch eine Hypothek nach § 1113 Abs. 2 für eine künftige Forderung bestellt werden kann, so erlangt doch der eingetragene Gläubiger ein materielles Hypothekenrecht erst mit der Entstehung der Forderung. Vgl. o. Note 4, 5.

c) KGJ. 25 A 150 (KG.): Das Wesentliche der Hypothek besteht darin, daß zur Sicherung für eine Geldforderung, nicht aber für eine Forderung, die wahlweise auf Geld oder einen anderen Gegenstand geht, aus dem Grundstück eine bestimmte Geldsumme, nicht aber Geld oder ein anderer Gegenstand, zu leisten ist. S. JDR. 1 zu § 1113 Note 3.

d) OLG. 8 132 (KG.): Das Recht auf Verwaltung einer Hypothek ist nicht eintragbar.

e) OLG. 6 478, ElsLothrJZ. 23 232 (Colmar): Es ist unzulässig, dasselbe Grundstück wegen derselben Forderung desselben Gläubigers doppelt hypothekarisch zu belasten.

§ 1114. 1. a) Hat ein Miteigentümer einen Bruchteil in der Zwangsversteigerung erstanden, so kann eine nach § 128 ZwVG. einzutragende Sicherheit nicht auf dem versteigerten Anteil, nachdem er den Anteilen der Miteigentümer nach Bruchteilen zugeschrieben ist, eingetragen werden, sondern nur auf dem ganzen Grundstücke. OLG. 6 439, KGJ. 26 A 157, CBlFrG. 4 156 (KG).

b) Ein Grundstücksteileigentümer kann, nachdem er Alleineigentümer geworden ist, die auf dem früher besessenen Anteil allein haftende Hypothek auf

die hinzuerworbenen Anteile nicht neu eintragen lassen; er muß eine Hypothek auf das ganze Grundstück bewilligen. KG., PosMschr. **03** 169. Vgl. auch JDR. **1** zu § 1114 Note 3.

2. BayrObLG., DNotV3. **03** 225: Eine Vollstreckungshypothek für die Gläubiger eines Miterben kann nicht vorgemerkt werden, solange der Nachlaß noch ungeteilt ist. Vgl. JDR. **1** zu § 1114 Note 2.

§ 1115. 1. Reichel, Jherings J. **46** 173 hebt hervor, daß § 1115 für die Hypothekenvormerkung nicht gilt.

2. Inhalt der Eintragungsbewilligung. Vgl. JDR. **1** zu § 1115 Note 1 ff., insbes. auch Note 4.

Hörle führt in HessRspr. **4** 65 ff. aus: Die Eintragungsbewilligung muß den Inhalt haben, der nach den materiellen Bestimmungen für die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, und bildet die unmittelbare und ausschließliche Grundlage der Eintragung. Im Gesetz ist dem obligatorischen Rechtsgeschäfte überhaupt kein Einfluß auf den Bestand des dinglichen Rechtes zugestanden und dementsprechend die Theorie des Rechtstitels, wonach der obligatorische Vertrag als Titel zur Eintragung oder als Rechtsgrund der Erwerbung verwertet wird, nicht zur Anerkennung gelangt. Der Grundbuchrichter ist nicht befugt, den Mangel der Angaben über Geldbetrag und Zinssatz in der Eintragungsbewilligung zu ergänzen oder in der Bewilligung enthaltene Willenserklärungen durch Auslegung einzuschränken oder auszuscheiden.

Wenn in der Eintragungsbewilligung hypothekarische Sicherung und Verzinsung des Preises ohne Angabe des Zinssatzes gewährt ist, so kann die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch nicht erfolgen, weil nach der zwingenden materiell-rechtlichen Vorschrift des § 1115 Abs. 1 Halbsatz 1 ohne Angabe des Zinssatzes eine Eintragung in das Grundbuch wirksam nicht vollzogen werden kann. Ebensowenig darf die Kapitalbelastung ohne die Zinsverbindlichkeit eingetragen werden, weil eine solche Eintragung sich nicht mit der Eintragungsbewilligung, in der die Zinsverbindlichkeit ausdrücklich erklärt ist, decken und sonach das formelle Konsensprinzip verletzen würde. Auch ist der Grundbuchrichter mit Rücksicht auf die abstrakte Natur der Eintragungsbewilligung und die Bindung des Gläubigers und des Eigentümers an die Einigung nach § 873 Abs. 2 nicht befugt, sich ohne deren Mitwirkung über die darin enthaltenen Erklärungen hinwegzusetzen oder diese mittels Auslegung des seiner Prüfung nicht unterworfenen obligatorischen Rechtsgeschäfts oder sonstiger Kombinationen und Schlüsse auszuscheiden. Folglich muß die Eintragung entweder sofort oder nach erfolglosem Ablaufe der durch Zwischenverfügung zum Zwecke der Abänderung der Eintragungsbewilligung nach §§ 29 Abs. 1, 19 GBO. (Vereinbarung des Zinssatzes oder Erklärung, daß die Hypothek rechtsgeschäftlichen Zinsen nicht unterworfen sein soll) auf Grund der im § 18 das. bestimmten Frist abgelehnt werden. Vgl. OLG. **1** 456, ferner **4** 82.

3. Die Goldklausel (vgl. JDR. **1** zu § 1115 Note 3b) und Nebenleistungen (vgl. JDR. **1** zu § 1115 Note 5 u. unten Note 6c).

a) Gegen **RG.** **50** 145, OLG. **2** 164, KGJ. **20** A 194 und KG. im R. **03** 148 nimmt Perls („Die Bestimmtheit der Hypothekenschuld", Jherings J. **45** 211 ff.) an: Die sogenannte Goldklausel ist im Grundbuche nicht eintragbar. Ihr Sinn ist nach der Verkehrsauffassung der, daß die Schuld im Falle von Währungsänderungen, insbesondere bei Einführung einer Doppelwährung, in Gold bezahlt werden muß; die Eintragung einer Abrede dieses Inhalts verstößt gegen das Spezialitätsprinzip.

Gegen KGJ. **9** 83 führt Perls ferner aus: Klauseln, nach denen die Hypothek in den Kursschwankungen unterworfenen Wertpapieren zurückgezahlt

werden soll, sind nicht eintragbar. Für die Hypotheken der Preußischen Landschaften gilt keine Ausnahme.

b) α. „Nebenleistungen" im Sinne des § 1115 sind Leistungen, welche nicht die Tilgung einer Schuld bedeuten, deren Entstehung einen selbständigen wirtschaftlichen Zweck bildet; sie sind vielmehr neben der auf die Tilgung einer solchen Hauptschuld gerichteten Leistung aus dem Grundstücke zu entrichten. Perls 236 ff. β. Die Amortisationsquoten sind nicht Nebenleistungen, sondern Teile der Hauptleistung. — Ebenso **RG. 54** 88, JW. **03** Beil. 61, SeuffA. **58** 320, CBlFrG. **3** 792 und KG. im KGJ. **24** A 246, **26** A 145, OLG. **7** 10; BayrObLG., CBlFrG. **3** 293; vgl. auch zu § 1178, die Eintragung von Amortisationsquoten bei der Hypothek ist daher für nicht nötig erklärt. — Nicht eintragbar sind dagegen bei der Hypothek Nebenleistungen, bei denen weder der Geldbetrag der höchstens insgesamt, noch der Geldbetrag der bestimmt im einzelnen verfallenden Leistungen ersichtlich ist; Beispiele: Verzugszinsen und Konventionalstrafen bei unpünktlicher Zinszahlung, Provisionen, welche aus dem Grundstücke jedesmal im Falle der Veräußerung zu entrichten sind. Perls 243 ff.

4. Eintragung einer Hypothek auf die Firma eines Einzelkaufmanns. Vgl. JDR. **1** zu § 1115 Note 2b.

Fuchs, Grundbuchrecht I 395, führt zu der Streitfrage (vgl. auch JDR. **1** zu § 1115 Ziff. 2b), ob die Eintragung einer Hypothek auf die Firma eines Einzelkaufmanns zulässig ist, folgendes aus: Rechtsbeständig ist auch die Hypothek, die unter der Firma des Einzelkaufmanns eingetragen wird. Die entgegenstehende Auffassung ist nicht haltbar. Ist die Firma der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt, seine Unterschriften, auch sogar seine Wechselunterschriften, abgibt, unter dem er klagen und verklagt werden kann, so ist kein Grund ersichtlich, warum er unter dieser Firma nicht eine Hypothek, z. B. eine Sicherungshypothek für den von ihm im Betriebe seines Handelsgewerbes erteilten Kredit, soll erwerben können. Die Ausführungen, daß der Grundbuchrichter mit dem höchsterreichbaren Grade von Erkennbarkeit die Identität des Klägers ersichtlich zu machen habe, daß die Firma ein Pseudonym sei, daß das Grundbuch bei jeder Veräußerung seinen Zweck verfehle, sind ohne Beweiskraft, weil sie zu viel beweisen. Denn sie sind erheblich nur dann, wenn man in der Firmenbezeichnung eine nicht ausreichende Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Gläubigers erblickt. Wäre das der Fall, dann könnte das Gesetz unmöglich Wechselunterschriften, Klageschriften unter der Firma eines Einzelkaufmanns zulassen, und es müßte die auf die Firma des Einzelkaufmanns eingetragene Hypothek nichtig sein, weil es ihr an der ausreichenden Bestimmtheit fehlt. Das aber ist unannehmbar, daß etwa alle Nachhypothekare vorrücken, wenn die vorherstehende Hypothek auf die Firma des Einzelkaufmanns eingetragen ist. Ist die Firma im Handelsregister eingetragen, so ergeben sich keine Schwierigkeiten, die Person des Berechtigten festzustellen; ist sie nicht eingetragen, so sind die Schwierigkeiten nicht größer als in zahllosen anderen Fällen. Jedenfalls rechtfertigen diese Schwierigkeiten nicht, einer solchen Hypothek ihre Rechtsbeständigkeit zu versagen, und das führt dazu, ihre Eintragungsfähigkeit anzuerkennen.

Ebenso außer den in JDR. **1** a. a. O. Genannten: Goldmann, Komm. z. HGB. 69, OLG. **5** 254 (Colmar).

Dagegen KG.: Die Eintragung einer Hypothek ist in Preußen nur auf den Familiennamen, nicht auf die Firma eines Einzelkaufmanns zulässig. KGJ. **26** A 135, OLG. **6** 504, CBlFrG. **3** 680, RJA. **3** 196, R. **03** 148 und 361. Das KG. erwägt, daß Eintragungen auf den Namen der Firma eines Einzelkaufmanns bewirken würden, daß sie sich auf eine unberechenbare Reihe

künftiger Erwerber der Firma bezögen, und hebt hervor, daß die Frage nach Landesrecht zu entscheiden sei; (in Sachsen hat z. B. gemäß § 64 Abs. 2 VO. v. 26. 6. 99 auf Antrag die Eintragung auf den Firmennamen des Einzelkaufmanns zu erfolgen).

5. Nach Perls a. a. O. 251 bewirkt der Verstoß gegen die Spezialität im allgemeinen Ungültigkeit der Eintragung. Unbestimmtheit der Hauptsumme macht den ganzen Vermerk — auch hinsichtlich der Nebenleistungen — unwirksam. Unbestimmtheit der Nebenleistungen stellt die Sicherung der Hauptleistung nicht in Frage.

6. Streit herrscht über die Entstehung der Eigentümerhypothek bei Amortisationsdarlehen.

a) Turnau-Förster I 603, 786, Oberneck, Gruchots Beitr. 47 334 u. a. nehmen an, daß eine Amortisationshypothek nach Höhe jeder einzelnen Teilungsquote zur Eigentümerhypothek werde, so daß der Eigentümer die Umschreibung des jeweilig getilgten Teiles der Hypothek auf seinen Namen verlangen könne. Dieselbe Ansicht wird auch vom BayrObLG. in R. 02 508 und CBlFrG. 3 293 und vom KG. vertreten: KGJ. 24 A 246 ff.; 26 A 145; OLG. 7 10; RJA. 3 137. In der letzteren Entscheidung ist u. a. hervorgehoben: Bei Beantwortung der Frage, ob der Eigentümer die Hypotheken nicht bereits insoweit erworben hat, als er Abträge geleistet hat, ist auf die den Zeitpunkt des Erlöschens der Forderungen der Landeskreditkasse bestimmenden Satzungen zurückzugehen. Je nachdem hiernach die Abträge sofort zur Tilgung der Schuld oder zunächst zur Ansammlung eines Guthabens des Schuldners bestimmt sind, mit welchem erst später die Tilgung der Schuld durch Aufrechnung erfolgt, erwirbt der Grundstückseigentümer sofort mit jedem Abtrag einen entsprechenden Teil der Hypothek, oder die Eigentümerhypothek entsteht erst nach Zahlung aller Abträge und erfolgter Aufrechnung. Vgl. KGJ. 20 A 208.

b) Nach Kretzschmar, DJZ. 03 331 ff. gilt für die durch Zinszuschläge amortisierbaren Hypotheken ohne jede Rücksicht auf die Person des Gläubigers folgendes:

α. Die Tilgungsraten sind, obwohl sie in Form eines Zuschlags zu den Zinsen entrichtet werden, nicht von der Eigentümerhypothek ausgeschlossen, weil sie Kapitalzahlungen sind; die Eigentümerhypothek entsteht aber bei ihnen erst mit der vollständigen Tilgung der Forderung.

β. Die Eigenschaft der Hypothek als einer amortisierbaren und der behufs Tilgung der Schuld zu entrichtende Zinszuschlag müssen in der Eintragung angegeben werden; ebenso empfiehlt es sich, das Ende der Tilgungszeit in der Eintragung zu vermerken.

γ. Die Eigentümerhypothek erwirbt derjenige Eigentümer des Grundstücks, der die Tilgung vollendet; den früheren Eigentümern steht ein Anteil an der Hypothek nicht zu.

δ. Bei der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks trifft den Ersteher eine Zahlungspflicht wegen des getilgten Teiles der von ihm übernommenen Hypothek nicht; erlischt die Hypothek durch den Zuschlag, so erhält der Gläubiger den ihm noch zustehenden Betrag der Forderung, der Rest der Hypothek wird zur Verteilung für die nachfolgenden Berechtigten frei.

c) Im Gegensatz zu den unter Ziff. 3 b β wiedergegebenen Entscheidungen des RG. und des KG. faßt Bonschab, SeuffBl. 67 457 ff. die Amortisationsquoten als Nebenleistungen auf und verneint infolgedessen die Entstehung von Eigentümergrundschulden durch die Amortisationsbeitragsleistungen. Er sagt: Die Frage, ob bei Annuitätsdarlehen an die Stelle der annuitätenweise

getilgten Beträge die Eigentümerhypothek eintritt, hängt von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob diesen Tilgungsquoten der Charakter einer Kapitalsteilleistung (Hauptleistung) oder einer Nebenleistung im Sinne des § 1178 zuzuschreiben ist.

Die als Zuschlag zu den Zinsen behufs allmählicher Kapitalstilgung zu entrichtenden Beträge enthalten zwar eine Hauptleistung insofern, als dieselben stets einen prozentualen Teilbetrag aus dem ursprünglichen Darlehen rechnerisch darstellen; dieser Teilbetrag, der aus dem Kapitale herrührt, wird aber im Verhältnisse geringer und der Zuschlag, welcher aus den Zinsen bzw. der Zinseneinsparung gewonnen und zu der Tilgungsquote hinzugeschlagen wird, größer, je länger die Kapitalstilgung dauert, so daß die Zinszuschläge eine stärkere Kapitalsabtragung bewirken als die eigentliche Tilgungsquote.

Die Hauptleistung — die eigentliche Tilgungsquote — bildet somit das Minus gegenüber der Nebenleistung — dem Zinsenzuschlage.

Diese rechnerisch begründete Komplikation führt, da der Charakter der Tilgungszuschläge als Nebenleistungen prävaliert, zu der Behauptung, daß die Tilgungszuschläge ausnahmslos und allgemein als Nebenleistungen im Sinne der §§ 1115, 1178 zu behandeln sind.

7. Abs. 2. Vgl. JDR. 1 zu § 1115 Note 6, 7.

Perls 248 ff.: § 1115 Abs. 2 ist dahin zu verstehen, daß die Nebenleistungen nicht nur durch Bezugnahme auf die Satzung, sondern auch durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung und durch ausführliche Eintragung im Grundbuche gesichert werden können. Satzungsmäßigkeit im Sinne des § 1115 Abs. 2 ist schon dann vorhanden, wenn die Satzung nur die Grundlage für der Höhe nach noch besonders zu vereinbarende Nebenleistungen bietet. Gegen KGJ. 22 A 167.

Die Preußischen Landschaftsstatuten sind als „von der zuständigen Behörde veröffentlicht" anzusehen.

Fehlt die Satzungsmäßigkeit, so ist eine gemäß § 1115 Abs. 2 erfolgte Sicherung unwirksam.

Fehlt die Veröffentlichung der Satzung durch die zuständige Behörde, so ist die Sicherung gemäß § 1115 Abs. 2 nur dann unwirksam, wenn sie durch Bezugnahme auf die Satzung erfolgt ist (257).

8. Aus der sonstigen Praxis:

KG., DJZ. 03 298: Die Eintragung von „Strafprozenten" in das Grundbuch ist in den dazu bestimmten Spalten des Grundbuchs bei der Hypothek und in der für den Zinssatz üblichen Weise zu bewirken. — Daß die sogenannten „Strafprozente" nur unter gewissen Bedingungen und dann nur für eine bestimmte Zeit fällig werden, steht der angegebenen Regelung nicht entgegen.

Angabe der Zinszahlungstermine in dem Antrag auf Eintragung einer verzinslichen Grundschuld ist nicht erforderlich. OLG. 7 195, MecklZ. 22 53 (Rostock).

Zur Eintragung einer Hypothek für Gütergenossen, die in fortgesetzter Gütergemeinschaft nach BGB. leben, ist der Nachweis, daß eine solche Gütergemeinschaft besteht, nicht erforderlich. LG. Stettin, PosMschr. 03 168 f.

Die Eintragung der Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt, deren Satzungen öffentlich bekannt gemacht sind, muß zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen auf die Satzung Bezug nehmen; die Bezugnahme auf die Satzung kann nicht durch die Bezugnahme auf die die Bestimmungen der Satzung angebende Eintragungsbewilligung ersetzt werden. LG. Gnesen, PosMschr. 03 40 f.; ebenso KG., OLG. 2 111; LG. Meseritz, PosMschr. 03 124 f.

Die Vorschrift der Angabe des Zinssatzes im Grundbuche dient dem

Zwecke, den Umfang der Belastung aus dem Grundbuche selbst erkennbar zu machen. Ist in der Eintragungsbewilligung ein Normalzinssatz festgesetzt, dessen Erhöhung aber für gewisse Fälle bis zu einer bestimmten Grenze vorgesehen, so geschieht jener Vorschrift Genüge, wenn der Rahmen, innerhalb dessen die Verzinsung zu erfolgen hat, durch Vermerk des Minimal- und des Maximalsatzes der Zinsen im Grundbuche kundgegeben wird; im übrigen kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. OLG. 8 135 (KG.).

§ 1116. 1. Dennler, SeuffBl. **68** 153 ff., Der Hypothekenbrief des neuen Rechtes: Der Hypothekenbrief ist zunächst auch Beweismittel für die Existenz eines hypothekarischen Rechtes, er hat daneben noch die weitere Bedeutung, daß er das Hypothekenrecht selbst verkörpert. Dies bestätigt sich auch durch Betrachtung seiner einzelnen Funktionen (154 ff.). Der Gläubiger selbst erwirbt die Hypothek erst mit der Übergabe, § 1117 (154, 155). Auch der Zessionar erwirbt die Hypothek erst mit der Übergabe des Briefes. Bei der Abtretung kommt seine Bedeutung zu ihrem prägnantesten Ausdrucke: § 1154 (155 ff.). Ferner: bei der Geltendmachung der Hypothek ist der Brief vorzulegen, § 1160 (158 ff.). Ohne seine Vorlage kann schließlich auch die Löschung einer Hypothek in der Regel nicht vorgenommen werden (159 ff.). — Über formelles Recht näheres und Einzelheiten 159 ff., 177 ff.

2. **RG. 55** 378, JW. **03** Beil. 132: Auch zur Pfändung einer Eigentümerhypothek, über welche die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, ist die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich.

§ 1117. 1. Nach Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 216, ist die Übergabe des Hypothekenbriefs keine Willenserklärung, sondern eine private Handlung ohne Äußerungsgehalt.

2. Bendix, SeuffBl. **67** 535 ff., führt aus: Kein Streit herrscht darüber, daß dem Gläubiger aus dem der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Schuldverhältnisse nach dessen Maßgabe der obligatorische Anspruch auf Ausantwortung des Briefes zusteht. Damit wird ihm jedoch insbesondere dann nicht gedient sein, wenn der Eigentümer sich nicht mehr im Besitze des Briefes befindet, beispielsweise, wenn er einem Dritten ein Zurückbehaltungsrecht in Ansehung des Briefes vertragsmäßig eingeräumt oder über sein Recht an der Hypothek unter Aushändigung des Briefes verfügt hat. Dem eingetragenen Gläubiger muß deshalb ein weitergehender Schutz zuteil werden, und solchen Schutz gewähren ihm die Vorschriften der §§ 161 Abs. 1, 162 Abs. 1. Ist der Grundstückseigentümer nach dem Inhalte des konkreten, der Hypothekenbestellung unterliegenden Rechtsgeschäfts zur Ausantwortung des Briefes an den Gläubiger verpflichtet, so darf er dessen hiervon abhängigen Erwerb der Hypothek nicht dadurch verhindern, daß er wider Treu und Glauben die Erfüllung seiner Pflicht unmöglich macht. Dies geschieht aber nicht bloß durch ein arglistiges, auf die Benachteiligung des Gläubigers abzielendes Gebaren, z. B. durch Beiseiteschaffung des Briefes, vielmehr genügt schon ein bewußt rechtswidriger Verstoß des Eigentümers gegen den Inhalt des mit dem Gläubiger eingegangenen Schuldverhältnisses (Preuß. Obertrib. **50** 23; Strieth. Arch. **97** 267; ROHG. **21** 125; **RG. 10** 296). Ein derartiges Verfahren des Grundstückseigentümers würde nur bewirken, daß die Übergabe des Briefes als erfolgt, die Bedingung als eingetreten, die Hypothek von dem eingetragenen Gläubiger auch ohne den Brief als erworben zu gelten hat; das Eigentum daran stände ihm gemäß § 952 ohne weiteres zu, da es mit dem Hypothekenrecht untrennbar verbunden ist.

Die Übergabe des Briefes an den eingetragenen Gläubiger, mag sie auch nur im Wege der soeben erörterten Fiktion stattfinden, hat aber weiter zur Folge, daß jede vorher während des Schwebezustandes von dem Grundstückseigentümer

oder zwangsweise gegen ihn oder durch seinen Konkursverwalter über die Hypothek getroffene Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie den Erwerb für den eingetragenen Gläubiger vereiteln oder beeinträchtigen würde. Eine zwischenzeitliche Abtretung oder Verpfändung der Hypothek durch den Grundstückseigentümer besteht hiernach dem eingetragenen Gläubiger gegenüber nur, soweit sein Hypothekenrecht nicht zur Entstehung gelangt; darüber hinaus entbehrt jede derartige Verfügung der Rechtsbeständigkeit. Der Dritte kann sich auf seinen guten Glauben nicht berufen. Der Hypothekenbrief sowenig wie das Grundbuch weist den Grundstückseigentümer als den verfügungsberechtigten Gläubiger nach. Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, können hiernach nicht zur Anwendung gelangen.

3. a) **RG. 52** 360, SeuffA. **58** 352, JW. **02** Beil. 277: Eine Hypothek, bei welcher die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, entsteht zwar auf Grund der Einigung des Grundstückseigentümers mit dem Gläubiger durch die Eintragung im Grundbuche (§ 873), sie steht aber bis zur Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 2), der Gläubiger erwirbt sie erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer übergeben wird (§ 1117 Abs. 1). Sind auf der Eigentümerseite mehrere Personen vorhanden, sei es, daß das Eigentum des belasteten Grundstücks mehreren Personen nach Bruchteilen zusteht (§ 1114), sei es, daß die Hypothek auf mehreren Grundstücken verschiedener Eigentümer als Gesamthypothek eingetragen ist (§ 1132), so muß der Hypothekenbrief dem Gläubiger von den s ä m t l i c h e n Eigentümern übergeben, bzw., falls der Gläubiger bereits im Besitze des Briefes ist, die Einigung über den Übergang des Eigentums am Briefe auf den Gläubiger (§§ 1117 Abs. 1, 929) von den s ä m t l i c h e n Eigentümern mit dem Gläubiger getroffen werden, so daß, wenn auch nur einer der mehreren Eigentümer sich bei der Übergabe bzw. der Einigung nicht beteiligt hat, die Übergabe nicht erfolgt und die Hypothek von dem Gläubiger nicht erworben ist.

b) KGBl. **14** 10, KGJ. **25** A 153 ff. (KG.): Die Uebergabe des Briefes an den Gläubiger braucht nicht notwendig in der Weise zu erfolgen, daß sich der Schuldner den Brief zunächst selbst vom Grundbuchamt aushändigen läßt und ihn alsdann weitergibt, vielmehr kann er es anweisen, den Brief direkt dem Gläubiger auszuhändigen gemäß §§ 60, 29 Satz 1 GBO. Auch in diesem Falle einer einseitigen Anweisung tritt der Erwerb der Hypothek erst mit der Aushändigung des Briefes ein. Anders, wenn die Beteiligten eine V e r e i n b a r u n g treffen, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2).

§ 1118. § 1118 bezieht sich auf die g e s e t z l i c h e n Zinsen, nicht auf die den gesetzlichen Zinsfuß nicht übersteigenden Zinsen. Zur Eintragung vertragsmäßiger Verzinslichkeit und etwaiger Rückstände von Vertragszinsen bedarf es daher ausdrücklicher Bewilligung, auch wenn der Zinsfuß den gesetzlichen nicht übersteigt. Sollen neben den Zinsen für zwei Jahre und das laufende, die nach § 10 Ziff. 4 ZwVGes. auf Grund der Eintragung der Verzinslichkeit den Rang der Hypothek teilen, auch noch Rückstände von Zinsen mit diesem Range gewahrt werden, so müssen ihr Betrag und die Zeit, aus der sie herrühren, in der Eintragungsbewilligung ausdrücklich oder durch Bezugnahme auf den obligatorischen Vertrag bezeichnet werden. S c h r ö d e r, Grundbuchentscheidungen II 47.

§ 1119. KGJ. **26** A 142 ff., RJA. **3** 248 ff., OLG. **4** 151 (KG.): Das Hinaufsetzen des eingetragenen Zinsfußes über 5% hinaus bedarf nicht unter allen Umständen der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Hypothekengläubiger usw. Auch brauchen die den Satz von 5% übersteigenden Zinsprozente nicht in der Form einer Sicherungshypothek hinter den sonst einge-

tragenen Hypotheken eingetragen zu werden. Die Zinserhöhung ist nichts anderes als eine Erweiterung des Hypothekenrechts, nicht aber eine neue Hypothek und auch nicht eine andere „Nebenleistung“ im Sinne des § 1115 Abs. 1. Daraus folgt aber, daß sie auch als eine Veränderung in den dazu bestimmten Spalten des Grundbuchs bei der Hypothek einzutragen und daß die Form einer Sicherungshypothek nicht anwendbar, vielmehr die Eintragung in der für den Zinssatz üblichen Weise zu bewirken ist. Wegen des Rangverhältnisses der 5% übersteigenden Prozente ist jedoch ein entsprechender Vermerk im Grundbuche von Amts wegen zu machen. Verschiedene Bestandteile der Hypothek können einen verschiedenen Rang haben.

§ 1120. 1. **RG. 53** 350, JW. **03** Beil. 45: Zubehörstücke können infolge von Rechtsgeschäften des Konkursverwalters dem Rechte der Hypothekengläubiger nach § 1120 neu unterworfen werden. Dem steht § 15 KO. nicht entgegen.

2. OLG. **6** 271 (Colmar), Puchelts Z. **34** 302 — (s. a. oben zu § 97 II unter c —): Aus der Fassung des § 1120 ergibt sich die Beweispflicht desjenigen, der behauptet, daß die Zubehörstücke nicht in das Eigentum des Eigentümers gelangt sind.

§ 1121. 1. Fuchs, Grundbuchrecht: Will der Gläubiger das Erlöschen der Haftung verhindern, so muß er eine Beschlagnahme ausbringen. Als Beschlagnahmemaßregeln kommen nur Akte in Frage, die ein Veräußerungsverbot enthalten. Diesen Zweck erfüllen die im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgende allgemeine Beschlagnahme (sog. Liegenschaftsbeschlagnahme) und besondere Veräußerungsverbote. Von der generellen Liegenschaftsbeschlagnahme unterscheiden sich die speziellen Veräußerungsverbote einmal dadurch, daß dort der Umfang des Veräußerungsverbots generell kraft Gesetzes bestimmt, während er hier durch den Richter speziell angeordnet wird, sodann aber dadurch, daß durch die Spezialbeschlagnahme der Provokant nicht befriedigt wird; will er Befriedigung, so muß er Subhastation, Administration oder Pfändung ausbringen. Durch die Fahrnispfändung erlangt der Hypothekengläubiger kein anderes Recht als jeder Personalgläubiger; er rangiert mit ihnen nach dem Alter der Pfändungen; es kann keine Rede davon sein, daß er etwa durch den Beitritt ein Vorzugsrecht vor dem Pfändungspfandrechte des jüngeren persönlichen Gläubigers erhält oder daß unter mehreren bei der Pfändung konkurrierenden Hypothekengläubigern etwa der Hypothekenrang über die Reihenfolge entscheide, in welcher sie aus dem Auktionserlöse Befriedigung erhalten. Die Pfändung führt wie die Liegenschaftszwangsvollstreckung unter Umständen zu einer Befriedigung des betreibenden Gläubigers, aber sie ist im Sinne des § 1121 keine Beschlagnahme, kein Veräußerungsverbot, sie hat nicht die Kraft, der Veräußerung und Entfernung ihren haftungstilgenden Charakter zu nehmen. Wenn in **RG. 42** 88 ausgeführt ist, daß der Hypothekengläubiger ein Absonderungsrecht an dem Erlöse von Zubehörstücken bei einer durch den Konkursverwalter gemäß § 127 KO. erfolgten Veräußerung schon dann habe, wenn er diesem nur vor der Veräußerung erklärt habe, daß er abgesonderte Befriedigung verlange, so ist zu beachten, daß die bloße Erklärung ohne Beschlagnahme (vgl. **RG. 25** 22) keine genügende Wahrung des Hypothekenrechts gegenüber der Veräußerung und Entfernung ist; die Entscheidung ist daher mit dem § 1121 nur dann vereinbar, wenn man annimmt, daß der Konkursverwalter in den vorgedachten Fällen die Veräußerung gleichzeitig im Interesse der Hypothekengläubiger und unter Anerkennung ihres Absonderungsrechts vornahm. Vgl. auch JDR. **1** zu § 1121 Note 4.

2. Eltzbacher 223/224, 207/208: Die Entfernung ist hier und in § 1122 nicht nur als Handlung, sondern schon als bloße Naturtatsache wirksam.

§ 1122. OLG. Königsberg, SeuffA. **58** 148 ff.: Eine auf einem subhastierten Grundstücke beschäftigte Dienstmagd hatte vor der Beschlagnahme eine auf dem Grundstücke befindliche Kuh von dem Eigentümer zur Befriedigung wegen ihres rückständigen Lohnes erhalten. Dadurch wird aber nicht die Zubehöreigenschaft im Rahmen des Abs. 2 aufgehoben. Die Ausnahme des Abs. 2 gilt nur, wenn ein Zubehörstück nicht veräußert wird, während es im Falle der Veräußerung unter allen Umständen bei der Regel des § 1121 verbleibt, wonach nur die hinzutretende Entfernung die Haftung aufheben kann. Übrigens würde eine derartige Hingabe der Kuh an einen Dienstboten niemals als eine ordnungsmäßige Wirtschaftsmaßnahme angesehen werden können.

§§ 1123, 1124. 1. Die Mietzinsen, auf welche sich die Hypothek erstreckt, dienen zur abgesonderten Befriedigung der Hypothekengläubiger. Sarwey-Bossert Anm. 2 z. § 47 KO.

In der Ausübung der dinglichen Rechte werden die Realgläubiger von den Wirkungen des Konkurses nicht getroffen; sie können sogar während des Konkurses ihre Befriedigung aus den Pfandstücken herbeiführen, solange der Konkursverwalter nicht in zulässiger Weise über die noch in der Konkursmasse vorhandenen Stücke verfügt hat. Sarwey-Bossert 59 in Übereinstimmung mit den Mot. z. KO. Vgl. OLG. **4** 368, BadRpr. **03** 3 f.

2. OLG. **7** 38, SeuffA. **58** 456 (Hamburg): Solange nicht der Hypothekengläubiger eine Beschlagnahme der Mietzinsforderung bewirkt hat, ist er gegen Verfügungen des Eigentümers über dieselben oder gegen deren Pfändung nicht geschützt. Die Beschlagnahme mittels einer Arrestpfändung erfolgt, sobald die allgemeinen Voraussetzungen eines Arrestes vorliegen; dagegen geben die §§ 1123, 1124 an und für sich keinen neuen selbständigen Arrestgrund. — Dagegen ist, wie **RG. 52** 138 ff., SeuffA. **58** 252 ff. ausführt, eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers auf die Mieten des belasteten Grundstücks zulässig.

3. Schönfeld, R. **03** 572 ff., führt aus, daß gegen die Pfändung von Mietzins und Pachtgeld die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. dem Hypothekengläubiger Abhilfe verschafft. Der Hypothekengläubiger muß jede auch noch so weitgehende Maßnahme des Eigentümers nicht bloß anerkennen, sondern sogar das auf einer solchen Verfügung des Eigentümers fußende Vordrängen des Drittberechtigten dulden und sich mit dem etwa verbleibenden Überreste begnügen. Den Grundstücksgläubigern ist allein das Mittel der Beschlagnahme als Schutz gegen die nachteiligen Verfügungen verblieben. Obwohl nirgends der Pfändung bei der Erwähnung der Verfügung, der Übereignung bei Anführung der Abtretung bzw. Übertragung gedacht ist, wird doch fast durchweg das Vorgehen des Vollstreckungsgläubigers als Verfügung nach § 1124 erachtet und gegen sie die Beschlaglegung des Hypothekengläubigers gefordert. Das ist unrichtig, weil das BGB. es selbst hervorhebt (§§ 135, 184, 499, 883), wenn ihm rechtsgeschäftliche Verfügung und Zwangsvollstreckung gleichwertig erscheinen, und weil dies dem Zwecke des § 1124 (Sicherung der Wirtschaftsfortsetzung des Grundstücks) widersprechen würde: Zwischendrängen der persönlichen Gläubiger. — Das Vorgehen des persönlichen Gläubigers unterfällt nicht dem § 1124, sondern ausschließlich der ZPO. Der Grundstücksgläubiger tritt als Dritter dem die Miet- bzw. Pachtzinsforderung nach den §§ 828 ff. ZPO. angreifenden Gläubiger entgegen; sein Recht aus § 1123 schützt ihn schlechthin gegenüber dem weniger berechtigten Vollstreckungsgläubiger, und er braucht nur die dingliche Haftung für seinen Anspruch darzutun, um die Benachteiligung des Hypothekenrechts abzuwenden.

§ 1127. 1. Stör, SeuffBl. **68** 318, 337: Bei der Gebäudeversicherung tritt die hypothekarische Haftung des Entschädigungsanspruchs in Wirk-

samkeit, selbst wenn ein Zwangsvollstreckungsverfahren noch nicht eingeleitet ist. Es genügt der Eintritt des Schadenfalls, um den Anspruch auf Auszahlung der Entschädigung — an den Hypothekengläubiger allein oder an ihn und den Versicherten gemeinschaftlich, je nachdem die Hypothekenforderung fällig ist oder nicht — für den Gläubiger zu begründen. Bei der Versicherung anderer Gegenstände steht dem Hypothekengläubiger ein Recht auf die Versicherungsforderung vor der Beschlagnahme nicht zu; bis zur Beschlagnahme kann der versicherte Schuldner frei über die Entschädigung verfügen.

2. OLG. 8 140 (Kiel): Dem Hypothekar steht bis zur völligen Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes ein Pfandrecht an der Forderung des Eigentümers gegen die Versicherungsgesellschaft zu, und es kann infolgedessen die letztere ohne Zustimmung des Hypothekars die Versicherungssumme nur an den Eigentümer und Hypothekar gemeinschaftlich zahlen, solange das Pfandrecht dauert.

§ 1128. 1. OLG. Dresden, MecklZ. **21** 132: Die §§ 1128 und 1130 sind (bei Brandunglücken) nur dann anwendbar, wenn zur Zeit des Brandes das Grundbuch für den betreffenden Ort bereits angelegt war (Mecklenburg-Schweriner Fall).

2. OLG. 7 38 (Naumburg): Die Rechte aus § 1128 stehen dem Hypothekar in bezug auf Ersatzansprüche für Bergbauschäden aus der Zeit vor 1900 nicht zu. Weder die Artt. 52, 53, noch der Art. 67 Abs. 2 EGzBGB. finden Anwendung.

§ 1130. 1. Aus der Polizeibestimmung, wonach der Versicherer die Brandentschädigung nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zahlen darf, folgt noch nicht ein gesetzliches Anspruchsrecht der Baugläubiger auf dieselbe, vielmehr müssen diese nach Maßgabe des § 648 solche für ihr Werklohn erst beschlagnahmen, weil sie nach Beendigung der Aufbesserungsarbeiten freies Eigentum des Brandbeschädigten wird und als Gegenstand der Befriedigung seiner sonstigen Gläubiger dienen kann. Hilse, PreußVerwBl. **23** 612, Mitteilungen f. d. öffentl. Feuer-Vers.-Anstalten **35** 1 ff., R. 6 459.

2. Stör, Zwangsvollstreckung in Forderungen gegen den Versicherer, SeuffBl. **68** 330 ff.: Die Versicherungsforderung ist im Falle des § 1130 keineswegs der hypothekarischen Haftung überhaupt entzogen (wie Turnau-Förster (1) I 49, (2) I 47 in Anm. 5 als zweifelhaft hinstellen), sondern die Wirkung dieser Haftung hängt davon ab, auf welche Weise der Hypothekengläubiger die Befriedigung aus dem hypothekarischen Gegenstande sucht, ob im Wege der Zwangsversteigerung oder im Wege der Zwangsverwaltung. Bei der Zwangsversteigerung kann eine nach § 1130 erfolgte Zahlung auch nach der Versteigerungsbeschlagnahme und trotz derselben, bzw. trotz des Zahlungsverbots nach § 22 Abs. 2 des ZwVG. mit befreiender Wirkung gegen den Hypotheken- und Beschlagnahmegläubiger erfolgen. Gegenüber der materiellrechtlichen Bestimmung des § 1130 vermag die prozeßrechtliche Norm des Zahlungsverbots nicht durchzugreifen. Anders bei der Zwangsverwaltung: hier wird dem Schuldner durch die Beschlagnahme die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks, demnach auch die Legitimation zur Empfangnahme von Versicherungsgeldern entzogen; er kann auch innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft keinerlei Verfügung, nicht einmal über einzelne bewegliche Stücke mit rechtlicher Wirkung gegenüber dem Gläubiger vornehmen. Widerspruch bei Turnau-Förster 608 Anm. 6 Abs. 4 gegen 49, bzw. 660 gegen 47. Teilweise anderer Meinung Fuchs, Grundbuchrecht I 428 Note 7 d.

3. Hülße, Schutz der Hypothekengläubiger im Versicherungsrechte, ZVers. Wiss. 3 170 ff.: In allen den Fällen der Versicherung des Pfandgrundstücks, in denen der Versicherer die Versicherung nur zwecks Wiederherstellung zu zahlen

verpflichtet ist, hat das Pfandrecht nur Bedeutung, wenn der Versicherer nicht zur Wiederherstellung auszahlt. Die den Versicherungsbestimmungen entsprechende Auszahlung ist in diesen Fällen dem Versicherer mit Wirkung gegenüber den Hypothekengläubigern gestattet, mag auch nachher die Versicherungssumme trotzdem nicht zur Wiederherstellung verwendet werden.

Da § 1130 nur von den Versicherungsbestimmungen schlechthin spricht, so kommen für die Verpflichtung zur Auszahlung der Versicherungssumme zwecks Wiederherstellung außer den vertrags- und satzungsmäßigen auch gesetzliche Bestimmungen in Betracht, insbesondere die durch Artt. 75 u. 110 aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften. Ferner ist von Wichtigkeit, daß durch § 1130 nunmehr auch die bis dahin noch gültigen partikularrechtlichen Vorschriften über die Pflicht einer vorherigen Benachrichtigung der Hypothekengläubiger beseitigt sind.

Die Haftung der Versicherungsforderung erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist, auch wenn die Versicherungssumme nicht dazu benutzt ist. Die Realhaftung der Sache, die in eine Haftung der Ersatzforderung übergegangen war, setzt sich wieder als Realhaftung an dem Ersatzwerte fort.

§ 1132. 1. Abs. 1. Die Mithaftung ausländischen Grundbesitzes begründet, auch wenn auf ihm dieselbe Forderung als Hypothek eingetragen ist, keine Gesamthypothek in dem Sinne, daß auf sie die besonderen Vorschriften über die Gesamthypothek (§§ 1143 Abs. 2, 1172—1176, 1181, 1182) anwendbar wären. Diese und die sie ergänzenden §§ 50 Abs. 2, 64, 122, 123 ZwVG. bilden ein geschlossenes System und sind nur anwendbar in Ansehung solcher Grundstücke, die gleichmäßig ihrer Geltung unterliegen. Die auf dem inländischen Grundstücke ruhende Hypothek ist, soweit nicht allgemeine Rechtsgrundsätze entgegenstehen, (z. B. daß der Gläubiger nicht doppelte Befriedigung verlangen kann), als Einzelhypothek zu behandeln. Jaeckel, CBlFrG. **4** 209.

Die Vorschriften über die Gesamthypothek sind unanwendbar bei einer für dieselbe Forderung eingetragenen, auf teils inländischen, teils ausländischen Grundstücken haftenden Hypothek. OLG. Colmar, R. **03** 181.

2. Abs. 2. Das Verteilungsrecht steht nicht nur dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger zu, es kann vielmehr von jedem Gläubiger noch im Verteilungsverfahren ausgeübt werden. BayrObLG., R. **03** 401.

Über „die Grundstücksgesamthypothek in der Zwangsversteigerung" handelt Hartmann (Leipzig 1903).

§ 1133. 1. Gefährdung bezeichnet den Zustand der gegenwärtigen Gefahr. Nur dieser kann beseitigt werden. Über den Gefahrbegriff vgl. zu § 228. Es muß also die vernünftige — durchschnittliche — Besorgnis des Rechtsnachteils schon jetzt entstehen, das Inaussichtnehmen von Gegenmaßregeln muß dem Verkehr entsprechen, nicht einer Überängstlichkeit entspringen. Der Gegensatz ist die potentielle sich etwa in Zukunft erst entwickelnde Gefahr, ein Zustand, in dem Gefahr zu „besorgen" ist (GVGes. § 173). Über den Begriff der sog. Polizeigefahr — Gefahr der Gefahr — vgl. zu § 1468 Nr. 1. Rotering, AbürgR. **22** 21.

2. **RG. 52** 295 ff., JW. **02** Beil. 277 handelt über die Frage, ob in der Nichterneuerung von Versicherungsverträgen eine Verschlechterung im Sinne des § 1133 zu finden, oder ob § 1134 anwendbar sei, — s. JDR. **1** zu § 1133 Note 4.

§ 1134. 1. Rotering, AbürgR. **22** 21: Ein Zustand, in welchem die Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist, bezeichnet die selbstverständlich nur die Beschaffenheit desselben treffende Gefahr. Darüber, daß hier eine vernünftige — durchschnittliche — Besorgnis, nicht singuläre Ängstlichkeit entscheidet, welche der Gefahrbegriff zurückweist, vgl. zu § 228 und § 1133.

2. Lindemann, R. 03 204, verneint die Frage, ob das Prozeßgericht, bei dem eine Klage nach § 1134 Abs. 1 eingereicht ist, auf Antrag des Gläubigers eine einstweilige Verfügung erlassen kann, welche die Zwangsverwaltung des Grundstücks nach den Bestimmungen des ZwVGes. anordnet und ob das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück liegt, dieser Anordnung zufolge die Zwangsverwaltung einzuleiten hat. Dagegen ist die Anordnung einer Verwahrung und Verwaltung nach Analogie des § 1052 nach Lindemann zulässig; nur eine solche sei unter der Sequestration im § 938 Abs. 2 ZPO. zu verstehen. Vgl. IDR. 1 zu § 1134 Note 3.

§ 1136. **RG. 55** 78, IW. **03** Beil. 91 führt aus: Die Vereinbarung, daß ein Grundstück nur an Käufer deutscher Nationalität veräußert werden dürfe, ist rechtlich zulässig (nicht gegen § 138 verstoßend) und verstößt selbst dann nicht gegen § 1136, wenn in demselben Vertrage dem Veräußerer eine Hypothek für rückständiges Kaufgeld bestellt wird.

§ 1138. 1. Meyer hebt im R. 03 38 hervor, daß das Gesetz eine Vermutung dafür, daß, wenn eine Hypothek gelöscht sei, auch die durch die Hypothek gesicherte Forderung getilgt sei, nicht aufstellt. Er sagt: die §§ 891—899 kommen nur für das Recht aus der Hypothek, nicht für den Anspruch aus dem persönlichen Schuldverhältnis in Betracht. Wie der Gläubiger, wenn er aus dem Darlehen klagt, die zur Begründung der Klage erforderlichen Tatsachen behaupten und beweisen muß, ohne daß eine gesetzliche Vermutung ihn unterstützt, so kann der mit der Darlehnsklage belangte Beklagte, der Tilgung einwendet, sich nicht einfach auf die Löschung der für das Darlehen bestellten Hypothek berufen, sondern er muß Tatsachen angeben und nötigenfalls beweisen, aus denen hervorgeht, daß er das Darlehen nicht zurückzuzahlen braucht. Vgl. auch IDR. 1 zu § 1138.

2. OLG. **6** 124 ff. (Königsberg): Es war eine Darlehenshypothek von 420 M. eingetragen, aber nur 300 M. waren geliehen. Somit war die aus §§ 891, 1138 folgende Vermutung, daß die im Eintragungsvermerk angegebene Forderung wirklich bestehe, widerlegt. Um sich das Hypothekenrecht auch für die überschießenden 120 M. zu erhalten, ist der Erwerb einer rechtsgültigen Forderung für diese 120 M. und, daß für diese Forderung die Hypothek bestellt worden ist, nachzuweisen. Hierbei ist die unrichtige Bezeichnung der Forderung im Grundbuch ohne Belang.

§ 1139. Frey, CBlFrG. **3** 542 (richtig 562): Auch auf den Widerspruch nach § 1139 finden die allgemeinen Bestimmungen des § 899 Anwendung, namentlich was die Wirkungen der Eintragung des Widerspruchs angeht. Er schließt nur die Vermutung des § 892 aus, und es bleibt für das Bestehen der Darlehensforderung die einfache Rechtsvermutung des § 891 bestehen. Der Eigentümer hat den Beweis des Nichtempfanges des Darlehns zu führen. Der Prozeßrichter hat darüber zu entscheiden, und daraus folgt, daß auch er allein über die Aufhebung und Löschung des Widerspruchs zu verfügen hat. Vgl. IDR. **1** zu § 1139 Note 2.

§ 1142. OLG. **6** 386 ff. (KG.): Wenn der Eigentümer nach Fälligkeit der Hypothek Zahlung nicht leistet, noch auch durch Ausstellung eines vollstreckbaren Titels dem Gläubiger die Möglichkeit gewährt, sich ohne Prozeß aus dem Grundstücke zu befriedigen, so bleibt dem Gläubiger nichts übrig als die Klage, und es gibt der Eigentümer durch sein dem dinglichen Rechte des Gläubigers entgegenstehendes Verhalten Anlaß zur Klage. Vgl. IDR. **1** zu § 1142 Note 1.

§ 1144. 1. Oberneck, Gruchots Beitr. **47** 319 ff.: Die beglaubigte Quittung des Gläubigers ist sowohl bei der Buch- wie bei der Briefhypothek zur Löschung und zur Umschreibung der Hypothek ausreichend; der Antrag auf Grund-

buchberichtigung unter Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Quittung bedarf der Beglaubigung nicht, wohl aber der Löschungsantrag (§ 27 GBO.). Die bloße Löschungsbewilligung genügt zur Löschung, aber nicht zur Weiterverfügung über die Post. — Zur Ausstellung einer Abtretungsurkunde an einen Dritten ist der Gläubiger in keinem Falle verpflichtet.

2. Jastrow, Formularbuch II 174: Bei Ausstellung löschungsfähiger Quittung über bezahlte Hypotheken muß die Person desjenigen zum Ausdrucke gebracht werden, demgegenüber die Quittung erteilt wird. Der Gläubiger darf die Urkunde bei eigener Verantwortung nur demjenigen gegenüber ausstellen, welchem der Anspruch auf Quittung zusteht.

3. Die Zulässigkeit und Eintragungsfähigkeit der Vertragsklausel, nach der der Gläubiger auf Verlangen des Eigentümers verpflichtet sein solle, die Hypothekenforderung an einen vom Eigentümer zu benennenden Dritten gegen Empfang des von diesem zu zahlenden Hypothekenbetrags abzutreten, betont Oberneck, Gruchots Beitr. **47** 320. Er führt aus: in einer solchen Abrede ist eine Tilgungsbedingung zu finden; denn der Schuldner macht die Befriedigung des jeweiligen Gläubigers von dieser Übertragung abhängig und kann daraus der Geltendmachung der Hypothek eine Einrede entgegensetzen, die er einem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht erheben könnte, wenn diese Tilgungsbedingung nicht eingetreten wäre (§§ 1137, 1157, 1138). Vgl. JDR. **1** zu § 1144 Note 1.

§ 1147. Siber, Rechtszwang 192—237: In allen Grundstückspfandrechten steckt eine Realobligation, d. i. eine gegenständlich beschränkte Verpflichtung des Eigentümers zur „Leistung aus der Sache" (d. h. aus den Nutzungen und dem Verkaufserlöse der Sache); die Leistung aus dem sonstigen Vermögen des nicht persönlich haftenden Eigentümers ist nur in solutione. Leistung aus der Sache kann nicht nur durch Zwangsversteigerung und -Verwaltung, sondern wie in allen Fällen beschränkter Haftung auch freiwillig geschehen; nur wo die freiwillige Leistung aus der Sache dem Gläubiger keine volle Deckung verspricht, ist sie dem Schuldner untersagt (195 ff., vgl. 66). Der obligatorische Charakter folgt aus § 1146, der die Anwendung der Verzugsgrundsätze (§§ 285 mit 279) als selbstverständlich voraussetzt (202 ff.). Daß daneben ein dingliches Zugriffsrecht steht, folgt aus dem Rangverhältnis (206) und dem Fortbestehen des Pfandrechts bei Dereliktion des Grundstücks (214 ff.). — Realobligation ohne dingliches Zugriffsrecht 193 f., dingliches Zugriffsrecht ohne Realobligation regelmäßig beim Fahrnispfandrecht 205 f., obligatorisches Zugriffsrecht, geschützt durch Duldungsanspruch ohne Realobligation im § 1003 Satz 2 (195, 206).

Vollstreckungstitel eine Verurteilung zur Leistung aus dem Grundstücke, doch auch die urteilsmäßige Feststellung der Vollstreckbarkeit in das Grundstück ausreichend (210 ff.). Vgl. auch JDR. **1** zu § 1147 Note 1.

§ 1148. Kunau hebt im R. **03** 145 hervor, daß, wenn der eingetragene Eigentümer in Konkurs geraten ist, die Hypothekenklage gegen den Gemeinschuldner nicht gerichtet werden darf, und zwar weder gegen ihn persönlich, ohne Zuziehung des Konkursverwalters, noch gegen den Gemeinschuldner, vertreten durch den Konkursverwalter. Der richtige Beklagte ist vielmehr die Konkursmasse, vertreten durch den Konkursverwalter, wobei, soweit die Zwangsvollstreckung in Frage kommt, unter Konkursmasse das der Zwangsvollstreckung unterworfene Vermögen des Gemeinschuldners zu verstehen ist.

§ 1149. Eine Vereinbarung des Inhalts, daß dem Verkäufer eines Grundstücks für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufpreises (während der Kaufvertrag weiterbesteht) neben der sofortigen Zwangsvollstreckung ein zweiter Weg, sich aus dem Grundstücke Befriedigung zu verschaffen, dadurch eröffnet wird, daß

er die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung, nämlich durch einfache öffentliche Versteigerung, soll bewirken dürfen, ist vor Eintritt der Fälligkeit unzulässig. BayrObLG. 5 322, KGJ. **25** A 335, RJA. **3** 194, CBlFrG. **3** 678 f., Pfälz.Rspr. **1** 25. S. schon JDR. **1** zu § 1149 Note 2.

§ 1154. 1. RG. **54** 146, JW. **03** Beil. 62: § 1154 handelt nur von der Abtretung als Rechtsveränderungsakt, d. h. von demjenigen Rechtsgeschäfte, durch welches das Gläubigerrecht des bisherigen Gläubigers auf den neuen Gläubiger übergeht, nicht von dem pactum de cedendo. Dieses letztere unterliegt nicht der Formvorschrift des § 1154, sondern ist auch betreffs einer Hypothek formfrei.

2. Vgl. auch RG. **54** 362 ff., JW. **03** Beil. 76, oben zu § 185 Note 1b und zu § 873 Ziff. 9.

3. RG. **54** 111 ff. betont die Notwendigkeit der Erklärung in der Abtretungsurkunde, daß der Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefs mit abgetreten wird; jedoch bedarf es nicht gerade einer ausdrücklichen Erklärung über die Abtretung des Herausgabeanspruchs.

§ 1155. 1. Die vom KG. in mehrfachen Entscheidungen (KGJ. **20** A 300, **21** A 283, **25** A 159) vertretene Ansicht, daß der Zusammenhang der Reihe der Abtretungserklärungen dadurch aufgehoben werde, daß ein durch Erbgang bewirkter Übergang des Hypothekengläubigerrechts dazwischengetreten sei, wird vielfach bekämpft, so von Schweitzer, Gruchots Beitr. **45** 558 ff., Planck Anm. 1 zu § 1155; Turnau-Förster I Anm. 4 zu § 1155 (2); Wolff, R. **03** 7; Oberneck, DNotV3. **03** 154 ff.; Predari 239 Anm. 19.

2. Nach Dronke, CBlFrG. **1** 962 ff., Oberneck, DNotV3. **03** 154 ff., Predari 238 Anm. 4, Planck III 536 u. a. trifft § 1155 Satz 2 auch die Fälle, in denen mangels Entstehung der Forderung oder mangels Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Gläubiger die Hypothek zunächst dem Eigentümer zusteht.

§ 1157. Nach Reichel, Iherings J. **46** 67 schließt § 1157 die Vormerkung in den Fällen der §§ 1163, 1169 aus. A. M. Biermann.

§§ 1160, 1161. RG. **55** 224, JW. **03** Beil. 110: Die Vorlegung des Briefes gehört, abgesehen von dem Falle des Urkundenprozesses (§§ 592, 593 ZPO.), nicht zur Begründung der Klage, sondern ist nur erforderlich, wenn der Schuldner der Geltendmachung der Hypothek und der Forderung deshalb widerspricht, weil der Brief nicht vorgelegt ist, wenn er also die Vorlegung verlangt. Legt der Gläubiger ungeachtet des Verlangens des Schuldners nicht im Laufe des Rechtsstreits (vor der Verurteilung) den Brief vor, so steht dem Schuldner eine dilatorische Einrede zu, die zur Abweisung der Klage (nicht zur Verurteilung zur Zahlung gegen Vorlegung des Briefes) führt. Vgl. auch JDR. **1** zu § 1160 Note 1.

§ 1163. 1. Begriff und Wesen.

a) Bruck, Eigentümerhypothek 154 definiert: „Die von dem Eigentümer am eigenen Grundstücke bestellte Grundschuld oder Rentenschuld ist die Formalisierung eines ideellen Wertteils des Grundstücks zum Zwecke der Haftung für eine eventuelle Schuld. Die Eigentümer-Hypothek, -Grundschuld oder -Rentenschuld ist die Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils des Grundstücks, der gehaftet hatte.“ Vgl. dagegen Eccius, Gruchots Beitr. **48** 437, 438.

b) Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek (Festgabe für Koch) 79 führt aus: Die Eigentümerhypothek ist die Summe der Befugnisse, welche aus einer aufgehobenen, aber nicht gelöschten Hypothek in das Eigentum zurückgekehrt sind, aus einer eingetragenen, aber nicht gültigen Hypothek beim

Eigentümer zurückgeblieben sind und dem Eigentümer gegen die nacheingetragenen Gläubiger durch die Eintragung erhalten werden. Sie ist ein Recht des Eigentümers und alles eher als eine wirkliche Hypothek. Zur wirklichen Hypothek wird sie erst wieder durch die Abtretung oder Zurückbehaltung bei Aufgabe des Eigentums.

2. Othmer, AbürgR. **23** 169 ff. — s. a. oben zu § 883 Note 6 — behandelt die Fragen: Können die Vorschriften über die Eigentümerhypothek ohne weiteres auf eine Vormerkung, die zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek eingetragen ist, angewendet werden? Mit a. W.: kann auch die vorgemerkte Hypothek zur Eigentümerhypothek werden? Er bekämpft die — die Fragen verneinende — Ansicht des KG. (R. **02** Nr. 2556), die sich darauf stützt, daß die Vormerkungslehre in den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken, die Hypothek dagegen in Absch. VIII Tit. 1 des 3. Buches geregelt, dort aber von einer vorgemerkten Hypothek nicht die Rede sei (169 ff.), ferner das Argument des terminologischen Unterschieds der §§ 1168, 1169 und 886, 887: „verzichten müssen" und „beseitigen müssen" (172 ff.). Man muß berücksichtigen, daß der Gesetzgeber alle Arten von Vormerkungen unter eine Formel bringen mußte (näheres a. a. O., insbes. auch Anm. 7). Schließlich auch das Argument, daß die Vormerkung deshalb gegenstands- und wirkungslos werde, weil sie kein Recht am Grundstücke, sondern nur ein Sicherungsmittel sei (174 ff.). Damit ist die Streitfrage nicht beantwortet. Vormerkung wurde unbewußt mit vorgemerkter Hypothek identifiziert. Es mußte nach dem Wesen des vorgemerkten Rechtes, d. h nach der rechtlichen Wirkung der Vormerkung gefragt werden. Und die vorgemerkte Hypothek ist in der Tat ein Recht am Grundstücke; denn es ist die endgültige Hypothek selbst mit Ausschluß der Vermutung des § 891. Die Vorschriften über Eigentümerhypothek greifen also im vollen Umfange Platz (176).

3. Welchem Eigentümer steht die Hypothek zu?

a) Die in der Literatur überwiegend vertretene Meinung (Turnau-Förster I 749 Note 6; Fuchs I 525; Biermann 371; Planck III 555, 556), daß in Satz 1 des Abs. 1 derjenige Eigentümer des Grundstücks gemeint sei, der es war, als die Hypothek durch Eintragung zur Entstehung gelangte (in der Regel also der Besteller der Hypothek), in Abs. 1 Satz 2 dagegen derjenige Eigentümer, der es war, als die Forderung erlosch, ist vom RG. durch Urt. vom 15. Juni 1903 (**RG. 55** 217 ff., CBlFrG. **4** 111, JW. **03** Beil. 101, s. unten Ziff. 4), als richtig anerkannt und auch dann für durchgreifend erachtet worden, wenn eine Kautionshypothek (§ 1190) bei der Verteilung des Erlöses in einer Zwangsversteigerung durch das Liquidat des Kautionsgläubigers nicht voll erschöpft wird.

b) Dagegen will Kretzschmar, CBlFrG. **4** 195, ohne Unterscheidung, ob die Forderung, für welche die Hypothek bestellt sei, nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen sei, die Hypothek stets dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zufallen lassen und Kautionshypotheken in der Zwangsversteigerung wie bedingte Rechte behandeln, auf sie also die §§ 14, 50 Abs. 2, 125 ZVG. zur Anwendung bringen.[1])

c) In beiden Beziehungen tritt ihm Jaeckel (a. a. O. 279 ff.) entgegen: für die vom RG. gebilligte Unterscheidung spreche der verschiedene Wortlaut der beiden Sätze des Abs. 1 des § 1163 und die Erwägung, daß jede Hypothek schon vom Augenblick ihrer Entstehung ab eine latente Eigentümerhypothek sei, d. h. dem Eigentümer zustehe, wofern später — gleichgültig wann — festgestellt werde,

[1]) →→ In einer Zuschrift an die Red. erklärt Kretzschmar: „Die Bedenken, die ich in meinem Aufsatze gegen das RGurteil vom 15. 6. 03 erhoben hatte, halte ich für erledigt, nachdem RGR. Dr. Jaeckel die Ansicht des Reichsgerichts in dem Aufsatze 279 ff. a. a. O. näher begründet hat". — Red. ←←

daß die Forderung, für welche sie bestellt worden, nicht zur Entstehung gelangt sei; Kautionshypotheken seien nicht, wie bisher allerdings angenommen worden, Ansprüche von unbestimmtem Betrag; auf sie finde daher § 14 ZwVG. keine Anwendung und folglich auch nicht § 50 Abs. 2 und § 125 daselbst. Unbestimmt sei bei ihnen nicht der Betrag, sondern der Gläubiger. Der Ersteher werde auch dann nicht bereichert, wenn die Kautionshypothek als beim geringsten Gebote berücksichtigt nach § 52 ZVG. bestehen bleibe. Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 14 lasse sich nicht, wie Reinhard, R. **02** 32, angenommen habe, das Gegenteil entnehmen. Anders könne es allerdings mit den aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 herrührenden Kautionshypotheken sein; bleibe eine solche bestehen, so würde der Ersteher bereichert werden, wenn sich hinterher ergäbe, daß aus ihr Ansprüche bis zum 1. Januar 1900 nicht entstanden seien und nachher nicht mehr entstehen könnten. Denn nach der Judikatur des **RG.** (**52** 59 und 411) habe sich eine solche Kautionshypothek nicht in eine Maximalhypothek des neuen Rechtes (§ 1190) umgewandelt, sondern sei nur löschungsreif geworden. In solchen Fällen habe daher die Eventualzuteilung aus § 125 ZVG. stattzufinden.

d) Entscheidend für den Erwerb der Eigentümerhypothek (Grundschuld) ist nicht die Zeit ihrer Entstehung, sondern der Zeitpunkt des Erlöschens der Forderung; sie gebührt demjenigen, der zur Zeit des Erlöschens der Forderung Eigentümer des belasteten Grundstücks ist. Von dem gleichen Grundsatze der Rückziehung wird das ZwVG. beherrscht. Die aus der Befriedigung sich ergebenden Rechtsfolgen treten zugunsten des bisherigen, nicht des Eigentümers zur Zeit des Verteilungstermins ein, und ein etwaiger Überschuß gebührt nicht dem Ersteher, sondern demjenigen, welcher bis zur Erlassung des Zuschlagsbeschlusses Eigentümer war. OLG. Posen, PosMschr. **03** 110.

Auch Oberneck betont in Gruchots Beitr. **47** 330 ff.: Die Eigentümerhypothek steht, falls die Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder der Brief an den Gläubiger nicht ausgehändigt ist, demjenigen zu, der z. Z. der Eintragung Eigentümer des Grundstücks war. Dahingegen steht im Falle des Erlöschens der Forderung, des Verzichts auf die Hypothek und des Aufgebots die Eigentümerhypothek dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zu, sofern nicht andere Vereinbarungen getroffen sind.

e) Kretzschmar, DJZ. **03** 331, CBlFrG. **4** 323 bemerkt hinsichtlich der Amortisationshypotheken, daß bei diesen die Eigentümerhypothek erst mit Beendigung des Schuldverhältnisses, mit der vollständigen Tilgung der Forderung, zur Entstehung gelange und daß sie allein demjenigen Eigentümer zufällt, welcher die Tilgung vollendet. Bei einer vor der völligen Tilgung stattfindenden Zwangsversteigerung wird der Rest der Hypothek, wenn diese durch den Zuschlag erlischt, zur Verteilung für die nachstehenden Berechtigten frei, er gebührt nicht etwa dem Eigentümer.

OLG. **6** 148 ff., PosMschr. **03** 74, RheinNotZ. **48** 42 (Posen): Dienen die Beiträge zunächst nicht zur Tilgung der Post, sondern werden sie einstweilen als besonderes Guthaben des Schuldners angesammelt, so kann der Schuldner nicht vor der Tilgung einen Teil der Hypothek erworben haben. Anders, wenn durch die jedesmalige Amortisation ein entsprechender Teil der Hypothek getilgt werden soll; in solchem Falle geht dieser Teil auf den Schuldner über, wobei für die Zeit bis zum 1. 1. 00 das ältere Recht zur Anwendung kommt. So kann die Amortisationspost zum Teil Eigentümerhypothek, zum Teil Grundschuld werden. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Amortisation eine sofortige Tilgung bewirkt. Hierbei kommt es vor allem auf den Inhalt des Grundbuchs an.

f) **RG. 51** 398 ff.: Die nicht valutierte, bereits vor dem 1. Januar 1900 eingetragene Hypothek kann nur für denjenigen zur Eigentümergrundschuld geworden sein, der beim Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts Eigentümer des mit ihr belasteten Grundstücks war.

4. Zu Abs. 2 führt Bendix, SeuffBl. **67** 537 f. aus: Erfolgt die Übergabe des Hypothekenbriefs an den eingetragenen Gläubiger der Briefhypothek nicht, so fehlt seinem Gläubigerrecht einstweilen die volle Wirksamkeit. Der zwischenzeitlich Berechtigte konnte entsprechend der Regelung, welche die Eigentümerhypothek erfahren hat, nur in dem Grundstückseigentümer selbst gefunden werden. Aber dessen Recht wurde zugleich durch den Zusatz: „bis zur Übergabe" als ein zeitlich begrenztes und beschränktes gekennzeichnet; es trägt den Keim der Auflösung in sich; es hat mithin den Charakter des auflösend bedingten Rechtes (§§ 158, 163). Hieraus folgt, daß der Eigentümer während der Zeit seiner Berechtigung, aber auch nur für die Zeit seiner Berechtigung über die Post zu verfügen vermag, daß mithin jede solche Verfügung der Rechtsbeständigkeit entbehrt, soweit sie im Falle der wirklichen oder fingierten Übergabe des Briefes an den eingetragenen Gläubiger dessen Recht vereiteln oder beeinträchtigen würde. Der Besitz des zurückbehaltenen Briefes soll den Grundstückseigentümer vor schädlichen Verfügungen des Gläubigers schützen, nicht aber den letzteren den sein Recht benachteiligenden Verfügungen des Grundstückseigentümers preisgeben. Auch der Dritte muß die gesetzliche Beschränkung des Rechtes des Eigentümers gegen sich gelten lassen, die publica fides des Grundbuchs spricht ja gerade gegen ihn.

5. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung:

a) **RG. 55** 217 ff., CBlFrG. **4** 111, JW. **03** Beil. 101: Ebenso wie die ausfallenden Gläubiger bei der gewöhnlichen Hypothek keinen Anspruch auf denjenigen Betrag haben, in dessen Höhe die Hypothek nicht valutiert worden ist, dieser Betrag vielmehr bei der Verteilung des Versteigerungserlöses dem Eigentümer, für den sich insoweit die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt hat, zuzuteilen ist, fällt auch bei der Sicherungs-(Maximal-)Hypothek derjenige Betrag, der dadurch frei wird, daß der Gläubiger gegen das vom Ersteher im Verteilungstermine bar zu berichtigende Meistgebot nicht den vollen Betrag seiner Sicherungshypothek liquidiert, nicht den nachstehenden, sonst leer ausgehenden Realgläubigern, sondern als Eigentümerhypothek dem Grundstückseigentümer zu.

b) KGJ. **26** A 149 (vgl. Oberneck, Gruchots Beitr. **47** 320): Die (abstrakte) Erklärung des Gläubigers, daß die Hypothek bezahlt sei und er Löschung bewillige, ohne Angabe, wer die Zahlung geleistet hat, ist nicht geeignet, den Beweis zu erbringen, daß die Hypothek Eigentümergrundschuld (oder Eigentümerhypothek) geworden ist, und ermächtigt deshalb den Eigentümer nicht zu einer anderen Verfügung als zur Löschung.

c) OLG. **8** 142 (KG.): Ist die Eintragung einer Hypothek von einem Nichtberechtigten bewilligt oder beruht sie z. B. auf einer wegen Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden nichtigen oder wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Zwanges anfechtbaren und angefochtenen Eintragungsbewilligung, so kann aus ihr eine Eigentümerhypothek nicht entstehen. Vgl. **RG. 54** 84.

d) OLG. Zweibrücken, PfälzRspr. **1** 7: Wegen der (durch die Errichtung der Schuld- und Pfandverschreibungsurkunden erwachsenen) Nebenforderungen kann eine Hypothek nicht zur Entstehung gelangen, wenn infolge der Nichtzahlung der Hauptforderung, der Darlehensvaluta, die Hypothek nicht entstanden, sondern eine Eigentümergrundschuld geworden ist.

e) OLG. **6** 269 (Dresden), CBlFrG. **3** 750: Verzicht des Eigentümers

einer nicht valutierten Hypothek gegenüber einem nachfolgenden Hypothekar, aus der Eigentümergrundschuld keinerlei Rechte gegen ihn herzuleiten.

6. Übergangsfragen. Vgl. auch JDR. 1 zu § 1163 Note 1 u. oben Note 1e, f.

a) RG. 51 398 ff. — s. a. oben Note 1f — bejaht unter Bezugnahme auf RG. 48 48 ff. (s. JDR. 1 zu § 1163 Note 1) die Frage, ob auch eine unter der Herrschaft des früheren Rechtes eingetragene Hypothek, soweit sie nicht valutiert ist, sich mit dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts in eine Eigentümergrundschuld verwandelt.

b) RG. 52 111 ff.: Auch die unter der Herrschaft des früheren Rechtes entstandenen Kautionshypotheken sind mit dem Zeitpunkt, an welchem das neue Liegenschaftsrecht für das mit ihnen belastete Grundstück in Kraft trat, zu Sicherungs-(Maximal-)Hypotheken gemäß § 1190 geworden. Daraus würde an sich folgen, daß sie von diesem Zeitpunkt ab die Fähigkeit erlangt haben, sich in eine Eigentümergrundschuld in Höhe desjenigen Betrags zu verwandeln, zu welchem auf sie für den Gläubiger eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (§§ 1163, 1177). Dies ist aber insoweit nicht der Fall, als die Kautionshypothek zu einem höheren Betrage bestellt werden sollte, als auf welchen die sicherzustellende Forderung von vornherein limitiert, also nichtig ist.

§§ 1164, 1165. 1. Zu Satz 1 § 1164. Siber, Rechtszwang 247: Die erfüllte und erloschene Forderung wird wie nach § 1180 durch den Regreßanspruch ersetzt.

2. Oberneck, Gruchots Beitr. 47 338: Ein Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer, wonach letzterer sich zur Löschung verpflichtet, wenn er die Hypothek nicht als Eigentümer, sondern nach Veräußerung des Grundstücks gemäß § 1164 zur Sicherung eines Ersatzanspruchs erwirbt, ist zulässig, aber nicht eintragungsfähig. Der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung dieser Verpflichtung steht die Vorschrift des § 40 GBO. entgegen.

3. RG. 53 378 ff., JW. 03 Beil. 45 nimmt an, daß die §§ 1164, 1165 auch auf Rechtsverhältnisse anwendbar sind, die vor dem Inkrafttreten des BGB. begründet worden sind, und erörtert die Tragweite der Bestimmung des § 1165, den es als eine praktische Konsequenz und als eine von der Billigkeit geforderte Ergänzung des § 1164 bezeichnet.

§ 1166. 1. Cohn, KGBl. 14 89 ff., führt aus: Zur Beobachtung der — nicht zwingenden — Vorschrift ist nur der betreibende Gläubiger verpflichtet, und zwar nur dem Schuldner gegenüber, dem ein Ersatzanspruch an den derzeitigen Eigentümer zusteht. Die Benachrichtigungspflicht hört auf, wenn der Antrag auf Zwangsversteigerung von dem betreibenden Gläubiger zurückgezogen wird, mag auch die Zwangsversteigerung infolge Beitritts eines anderen Gläubigers ihren Fortgang nehmen.

Zuzulassen ist der Beweis, daß die Benachrichtigung unverschuldet verspätet zugegangen ist. Beweispflichtig für die Benachrichtigung ist der Gläubiger. Zuzulassen ist auch der Nachweis, daß die Unterlassung der Benachrichtigung für den Schaden nicht kausal sei, sei es, weil der Schuldner anderweitig von der Zwangsversteigerung Kenntnis erlangt habe, sei es, weil er den Schaden nicht würde abgewendet haben.

„Untunlich" ist die Benachrichtigung, wenn sie, objektiv zwar möglich, aber aus Gründen, die nicht in der Person des Gläubigers liegen, nicht ausführbar erscheint.

Die Einrede des Schuldners ist eine solche, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird. Daraus folgt, daß sie der Rechtskraft nicht fähig ist, daß sie nicht zur Aufrechnung führt.

Der Schuldner erleidet einen Schaden a) wenn er infolge der Unterlassung verhindert war, die Hypothek zur Hebung zu bringen, sei es durch Mitbieten, sei es durch Herbeischaffung von Bietern, wenn eine solche Maßregel nach vernünftigem Ermessen den Erfolg herbeigeführt hätte, und b) wenn der ersatzpflichtige Eigentümer wegen Unvermögens oder, weil er nicht erreichbar, Ersatz nicht gewährt, auch ein Dritter hierzu nicht verpflichtet ist.

2. **RG. 54** 369, **JW. 03** Beil. 81: Der Gläubiger muß nachweisen, daß er den Schuldner von der Zwangsversteigerung unverzüglich benachrichtigt hat, nicht der Schuldner die Negative.

Klagt Gläubiger nur einen Teil seiner Ausfallsforderung ein, so muß der Schuldner beweisen, daß der Gläubiger auch nicht einmal den Teil zu fordern habe, daß also der Gläubiger bei rechtzeitiger Benachrichtigung überhaupt keinen Ausfall erlitten haben würde.

§ 1168. 1. OLG. **6** 207 ff. (KG.): In den §§ 1168, 1183 wird einesteils zwischen Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek und Aufhebung der letzteren unterschieden, je nachdem der Gläubiger bei seiner Erklärung beabsichtigt, daß der Eigentümer die Hypothek zur freien Verfügung erwerben solle, oder völlige Beseitigung der Hypothek bezweckt (KGJ. **23** A 159, Planck Anm. 2c zu § 1183, Turnau-Förster Anm. 6 zu § 1183), anderenteils stellt sich nicht bloß der Verzicht, sondern auch die Aufhebung der Hypothek als ein einseitiges Rechtsgeschäft dar.

2. Erklärt der Gläubiger, nachdem sich die Hypothek durch Erteilung des Zuschlags vermöge des Surrogationsprinzips in einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös aufgelöst hat, daß er wegen der ihm zustehenden Forderung Befriedigung aus diesem Erlöse nicht verlange, so liegt hierin kein Verzicht auf die Hypothek im Sinne des § 1168 Abs. 1. **RG. 55** 260, CBlFrG. **4** 204. Dieses Urteil steht mit der die Entstehung von Eigentümerhypotheken betreffenden Entscheidung vom 15. Juni 1903, **RG. 55** 217 ff. (oben zu § 1163 Abs. 1, Note 1a, 3a) nicht im Widerspruche. Jaeckel, CBlFrG. **4** 195.

3. **RG. 55** 260, **JW. 03** Beil. 116: Wenn der Hypothekengläubiger nach erfolgter Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks erklärt, daß er Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse nicht verlange, weil er sich wegen seiner Forderung in anderer Weise bezahlt machen werde, so entsteht mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 1168 Abs. 1 eine Eigentümerhypothek nicht.

4. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 262: Im Falle des Verzichts des Gläubigers auf einen Teil der Hypothek bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs oder Löschung des betreffenden Betrags der Zustimmung des Eigentümers.

§ 1169. Oberneck, Gruchots Beitr. **47** 326: Der Anspruch des Eigentümers ist ein negatorisch-dinglicher Anspruch auf Beseitigung der Beschränkung des Eigentumsrechts bzw. des Verwertungsrechts des Eigentümers. Die formale Aufrechterhaltung einer Hypothek seitens des eingetragenen Gläubigers, dem trotz der Eintragung ein materielles Recht nicht zusteht, stellt sich als ein Eingriff in das Eigentumsrecht dar.

§ 1170. Über die dreifache Bedeutung des Wortes Anerkenntnis siehe Eltzbacher oben zu § 208 Note 3. Das hier in Betracht kommende Anerkenntnis ist keine Willenserklärung, sondern eine bloße Vorstellungsäußerung. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 200, 202.

§ 1174. Meikel, SeuffBl. **68** 112 ff., bespricht insbes. die Fälle, die sich ergeben, wenn der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke ist, den Gläubiger befriedigt, oder daß sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen. Wenn dem persönlichen Schuldner gegen keinen Eigentümer ein Ersatzanspruch zusteht, so

erwerben sämtliche Eigentümer die Hypothek als Gesamthypothek gemeinschaftlich (§ 1172). — Steht dem persönlichen Schuldner gegen sämtliche Eigentümer ein Ersatzanspruch in voller Höhe zu, so erwirbt er die Hypothek, § 1164 (113), bei teilweisem Ersatzanspruche nur in dessen Höhe (113). — Steht ihm nur gegen einen oder einige ein Ersatzanspruch in voller Höhe zu, so geht die Hypothek nur an den Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer auf ihn über, während sie an den übrigen erlischt, § 1174 Abs. 1 (114), bei teilweisem Ersatzanspruche nur in Höhe des Teilbetrags, während sie für den Restbetrag den sämtlichen Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zufällt (114 ff.).

Besonderes über Abs. 2 a. a. O. 117 ff. Der Wort lautist nicht ganz klar. Auf die einzelnen Grundstücke wird nicht die ganze Gesamthypothek, sondern nur der übrig bleibende, auf die Eigentümer übergegangene Teil verteilt. Rechnerisch aber vollzieht sich die Verteilung in der Weise, daß die ganze Gesamthypothek nach § 1172 Abs. 2 auf die einzelnen Grundstücke verteilt und von dem auf das Grundstück eines ersatzpflichtigen Eigentümers treffenden Teilbetrage die auf den persönlichen Schuldner übergegangene Ersatzhypothek in Abzug gebracht wird. Rechnerische Beispiele a. a. O., weitere Einzelheiten noch 119 ff.

§ 1176. OLG. 6 202, KGJ. **25** A 303 (KG.): Die Rangordnung des § 1176 tritt bereits bei der Tilgung des Teilbetrags mit Rechtsnotwendigkeit ein (KGJ. **21** A 165). Dadurch wird zugleich das sich aus dem Grundbuch ergebende Rangverhältnis geändert, da danach der getilgte Teil und die Resthypothek zu gleichen Rechten standen. Deshalb muß, wenn die Umschreibung des getilgten Hypothekenteils auf den Eigentümer oder den zahlenden Schuldner oder einen Dritten erfolgt, zugleich die Rangänderung eingetragen werden. Einer ausdrücklichen Erwähnung der Rangänderung im Umschreibungsantrage bedarf es nicht, da sie sich aus der dem Grundbuchrichter nachzuweisenden Tilgung des Teilbetrags von selbst ergibt.

§ 1177. 1. KGJ. **25** A 299, RJA. 3 212, SeuffA. 58 150, CBlFrG. 3 691: Die an die Stelle einer Hypothek tretende Eigentümergrundschuld des BGB. ist überhaupt keine Eigentümerhypothek in dem Sinne, daß auch der Untergang der Forderung wegen des Fortbestehens des hypothekarischen Rechtes gehindert würde, vielmehr ist bei ihrem Eintreten die Forderung immer endgültig erloschen, so daß diese auch bei einer Verfügung über die Eigentümergrundschuld nicht wieder auflebt. Hieraus folgt, daß, wenn der Inhaber einer Eigentümergrundschuld diese wieder in eine Hypothek umwandeln will, ihr eine neue Hypothek zugrunde gelegt werden muß (§ 1113). Und es folgt weiter, daß er die Grundschuld nicht in eine ihm selbst zustehende Hypothek umwandeln kann, da niemand gegen sich selbst eine Forderung begründen kann. Eine Eigentümergrundschuld kann nicht durch bloße Erklärung des Eigentümers in eine Eigentümerhypothek umgewandelt werden. Eine solche kann überhaupt nicht durch rechtsgeschäftliche Erklärung des Eigentümers entstehen, sondern nur durch Gesetz. — Vgl. auch **RG. 50** 77, SeuffA. 58 18.

2. Über die Pfändung einer Eigentümergrundschuld (ZPO. § 857) vgl. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 351.

3. S. a. oben das Material zu § 1163, insbes. Note 3.

§ 1178. Das Reichsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Kammergerichte (KGJ. **26** A 145, RJA. 3 137) und dem BayrObLG. (CBlFrG. 3 293, R. **02** 508) die Frage, ob bei der Eintragung von Hypotheken über amortisierbare Darlehen die in Gestalt von Zuschlägen zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge auf Antrag in das Grundbuch eingetragen werden müssen, verneint. **RG. 54** 88 ff. Vgl. auch Ziff. 3 zu § 1115 und JDR. **1** zu § 1115 Ziff. 4.

§ 1179. 1. Die besondere gesetzliche Zulassung der Löschungsvormerkung rechtfertigt sich aus der anderenfalls anzunehmenden ausschließlichen Herrschaft des Hypotheken- (Grundschuld-, Rentenschuld-) Gläubigers über die formelle, durch den Grundbuchvermerk gegebene Legitimation. Die Vormerkung selbst ist als „Veränderung" zu der einzelnen in Betracht kommenden Post einzutragen. Der nach dem bewilligenden Eigentümer eintretende neue Eigentümer ist betreffs der Löschung zur Zustimmung (§ 888) verpflichtet. Die erforderliche Vorlegung des Hypothekenbriefs kann von dem Eigentümer wider den Briefinhaber erzwungen werden. Auch ist ersterer zum Aufgebotsantrage berechtigt. Voß, CBlFrG. **3** 781 ff.

2. KGJ. **26** A 161 ff. (KG.): Die Vormerkung aus § 1179 umfaßt alle Fälle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum, insbesondere auch den Fall, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 1). Die Vormerkung aus § 1179 bezweckt nur die Sicherung eines persönlichen Anspruchs gegen den Eigentümer auf Löschung der etwaigen künftigen Eigentümerhypothek. Das Recht des eingetragenen Hypothekengläubigers besteht trotz Eintragung der Vormerkung fort und wird daher durch diese nicht betroffen. Die Vormerkung ergreift zwar die Hypothek, aber nicht in ihrer gegenwärtigen rechtlichen Gestalt als Gläubigerhypothek, sondern nur in ihrer gegebenenfalls künftig eintretenden Umgestaltung zur Eigentümergrundschuld.

3. OLG. **6** 123 (KG.): § 1179 ist eine Ausnahmebestimmung. Sie bezweckt, zu verhindern, daß der Eigentümer, wenn er die Hypothek erwirbt, über sie anders als durch Zustimmung zur Löschung verfügt. Sie berechtigt nicht, eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der Hypothekenvormerkung einzutragen. — Ferner kann nach § 1179 nur, falls sich der Eigentümer einem anderen gegenüber verpflichtet, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, eine Vormerkung eingetragen werden. Nicht aber die Verpflichtung, jene Eintragung schlechthin, auch wenn ein anderer als der Eigentümer daraus berechtigt ist, zur Löschung zu bringen.

4. **RG. 52** 5, SeuffA. **58** 273: Die Vereinbarung aus § 1179 kann auch zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner einer Hypothek getroffen werden. Wie jedem Hypothekengläubiger, so steht auch dem Inhaber einer Eigentümerhypothek die Entschließung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen er die Hypothek löschen lassen wolle, völlig frei, er kann also auch im voraus darüber Verpflichtungen eingehen, sowohl gegen den dermaligen Inhaber der Hypothek wie gegen andere Personen.

5. BayrObLG. — JDR. **1** zu § 1179 Note 2 — s. jetzt auch in SeuffA. **58** 274 ff.

§ 1180. OLG. **6** 124 ff. (Königsberg): Seit dem 1. 1. 00 wird eine nicht valutierte Hypothek Eigentümergrundschuld (s. a. oben zu § 1163 Note 3). An ihre Stelle kann eine Forderung, also auch ein durch Schuldübernahme erworbener Ersatzanspruch gesetzt werden (s. a. oben zu § 1177 Note 1). Die Schuldübernahme bedurfte auch keiner besonderen Form mehr. Jedoch mußte zu der Vereinbarung, wenn sie dingliche Wirkung haben sollte, nach § 1180 die Eintragung in das Grundbuch hinzukommen. Vgl. auch **RG. 50** 77 ff., SeuffA. **58** 18 ff.

§ 1181. 1. Hartmann behandelt „Die Grundstücksgesamthypothek in der Zwangsversteigerung".

2. Linckelmann, JW. **03** 336, hebt hervor, daß die Vereinbarung über das Stehenbleiben eines Rechtes an dem versteigerten Grundstücke (§ 91 Abs. 2, 3

ZwVG.) grundsätzlich die Übernahme der persönlichen Schuld im Sinne der privativen Schuldübernahme des § 414 enthalte und daß alle Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse fortfielen. Vgl. JDR. **1** zu § 1181 Note 3.

3. **RG. 55** 415, JW. **03** Beil. 434: Der Erwerber von für eine Hypothek haftenden Zubehörstücken eines Grundstücks, die wegen seines Eigentums im Zwangsversteigerungsverfahren von der Versteigerung ausgeschlossen worden waren, kann nach der auf Grund des Zuschlags erfolgten Löschung der Hypothek im Grundbuche den wegen seiner Forderung nicht befriedigten Gläubiger nicht verhindern, nach der Beendigung des für ihn nicht angeordneten Zwangsversteigerungsverfahrens die Zwangsvollstreckung in die Zubehörstücke zu betreiben.

§ 1182. Auf eine Hypothek, die an einem im Miteigentume stehenden Einzelgrundstücke besteht, ist § 1182 entsprechend anwendbar, wenn der Hypothekengläubiger von seiner Befugnis, die Zwangsvollstreckung nicht in das ganze Grundstück, sondern nur in einen Anteil desselben zu betreiben, Gebrauch macht. Kretzschmar, SächsA. **12** 664 f.

§ 1183. RG. 52 257: Der Hypothekengläubiger wird, wenn das eingetragene Darlehen nicht gegeben und die Hypothek daher vom Eigentümer erworben ist, nicht dadurch an der Bewilligung der Löschung oder an der Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gehindert, daß die Hypothek zugunsten eines Dritten gepfändet und diesem überwiesen ist.

RG. 52 411, JW. **02** 280 s. schon JDR. **1** zu § 1183 Note 3.

§ 1184. BayrObLG. **4** 45, R. **03** 104: Das Vorzugsrecht des Verkäufers für die Kaufzinsforderung, das nach dem französischen bürgerlichen Rechte an dem verkauften Grundstücke bestanden hat und im Hypothekenbuch eingetragen war, hat sich an dem Tage, an dem das Grundbuch für angelegt erklärt worden ist, kraft Gesetzes in eine Sicherungshypothek umgewandelt und ist als dingliches Recht auch ohne Eintragung gegen jedermann wirksam, da die Hypothek zu ihrem Bestand oder zu ihrer Rechtswirksamkeit gegen Dritte der Eintragung in das Grundbuch nicht bedarf, die kraft Gesetzes entstehenden Hypotheken ohne Eintragung ins Leben treten und das BGB. zwischen eingetragenen und nicht eingetragener Hypotheken grundsätzlich keinen Unterschied macht.

§ 1189. 1. Nach Reichel, Iherings J. **46** 142 ist § 1189 auf vorgemerkte Gläubiger nicht zu erstrecken.

2. OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 27 über die Gläubiger-Eigenschaft des Bankhauses, das eine hypothekarisch gesicherte Anleihe emittiert.

§ 1190. 1. Schreiber, SächsA. **13** 327 ff., bemerkt: Die Höchsthypothek steht zunächst dem eingetragenen Gläubiger zu und verwandelt sich erst dann in eine Eigentümerhypothek, wenn sich nach Maßgabe des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses entschieden hat, daß und in welchem Betrage die Forderungen, zu deren Sicherung sie dienen soll, hinter dem eingetragenen Höchstbetrage zurückbleiben. Ist dies zur Zeit des Zuschlags noch nicht entschieden, so wird die Höchsthypothek eine Eigentümergrundschuld des Erstehers, und dieser hat die Zuzahlungspflicht nach § 50 Abs. 2 Ziff. 1 ZwVG.; andernfalls wird sie eine Eigentümergrundschuld des Hypothekbestellers.

Übereinstimmend **RG. 51** 115 ff., SeuffA. 58 103 ff. (s. auch JDR. **1** zu § 1190 Note 4i). Die Entscheidung führt weiter aus: Bis dahin (bis zu ihrer ev. Umwandlung in eine Eigentümerhypothek) bleibt die Hypothek eine zu einem Höchstbetrag eingetragene Sicherungshypothek für einen bestimmten Gläubiger, bei der die Feststellung der Forderung, für die sie haftet, vorbehalten bleibt (§ 1190 Abs. 1). Der eingetragene Gläubiger hat ein Recht darauf, daß diese Feststellung nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts erfolge und nicht in Widerspruch mit diesem verhindert oder unterbrochen werde. Solange

und soweit diese Feststellung noch aussteht, liegt die Voraussetzung einer Eigentümerhypothek nicht vor. Über den der Höchstbetragshypothek entsprechenden Grundstückswert kann der Eigentümer, solange das Kreditverhältnis besteht, nur mit der Bedingung verfügen, daß nicht auch diesem Betrage noch Forderungen aus dem Kreditverhältnisse gegenübertreten. — Vgl. ferner **RG.** ElsLothJZ. **27** 617; OLG. Dresden, CBlFrG. **3** 467, 753 und JDR. **1** zu § 1190 Note 4f.

2. Über die Behandlung der Kautionshypothek in der Zwangsversteigerung bei Verteilung des Erlöses siehe Jaeckel, CBlFrG. **4** 207, 283 ff. Er hebt hervor, daß die Hypothek, soweit die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, demjenigen Eigentümer zusteht, welcher sie bestellt hat (§ 1163 Abs. 1 Satz 1) und daß § 14 ZwVG. auf die Maximalhypothek nicht anwendbar ist. Vgl. hierzu namentlich auch **RG. 55** 217 ff. und oben Ziff. 3 zu § 1163.

Oberneck, Gruchots Beitr. **47** 331: Bei der Höchstbetragshypothek gehört der bei der endgültigen Abrechnung nicht valutierte Betrag dem Eigentümer, der es zur Zeit der Eintragung der Hypothek gewesen ist. Der infolge Erlöschens der Forderung nicht mehr valutierende Betrag dagegen gebührt dem im Zeitpunkte des Erlöschens vorhandenen Eigentümer, sofern nicht Abweichendes im Veräußerungsvertrage vereinbart ist.

RG. JW. **03** Beil. 105: Der Grundsatz des § 1163 findet auf die Höchstbetragshypothek Anwendung. Soweit die Forderung nicht entstanden oder wieder erloschen ist, steht deshalb die Hypothek auch im Versteigerungsverfahren dem Grundstückseigentümer zu, und zwar im ersten Falle dem, der es z. Z. der Bestellung der Hypothek war, im letzteren dem, der es z. Z. des Erlöschens der Forderung ist. Ein Aufrücken der Nachhypothek ist ausgeschlossen.

3. Schroeder, Grundbuchentsch. II 59 Note 21 bemerkt: Wenn eine Höchstbetragshypothek in eine Hypothek zu bestimmtem Betrag umgewandelt wird, so ist diese Umwandlung auf Bewilligung des Eigentümers und des Gläubigers einzutragen. Dabei ist die bisherige Eintragung der Höchstbetragshypothek, welche nach wie vor die Grundlage der Hypothek bildet und deren Rang bestimmt, nicht etwa zu löschen. Da die Umschreibung des Höchstbetrags in einen bestimmten Betrag die Rechtslage der nachfolgenden Gläubiger nicht berührt und eine unverzinsliche Hypothek nach § 1119 ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden kann, daß das Grundstück für Zinsen zu 5 vom Hundert haftet, so kann bei der Umwandlung auch den Zinsen aus der bisher als Höchstbetrag bezeichneten Summe bis zu 5 vom Hundert der Rang der ersten Eintragung gegeben werden. Enthält die Umschreibung keinen entgegenstehenden Vermerk, so ist sie dahin zu verstehen, daß Hauptsumme und Zinsen den Rang der ersten Eintragung haben.

4. **RG. 51** 115 ff., SeuffA. **58** 103 ff. (s. a. oben zu Note 1): Derjenige Teil einer Höchstbetragshypothek, der nach Abwickelung des Kreditgeschäfts möglicherweise von gegenüberstehenden Forderungen des Sicherungsgläubigers frei bleibt und so nach § 1163 Abs. 1 dem Eigentümer zusteht, kann gleich bedingten und betagten Forderungen durch Gläubiger des Eigentümers schon im voraus gepfändet werden. S. auch JDR. **1** zu § 1190 Note 4d, e.

Neunter Abschnitt.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel.

Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Vorbemerkung: Das Pfandrecht hat umfassende theoretische und dogmatische Behandlung auch in diesem Berichtsjahre nicht erfahren. Eine Reihe von Inaugural-

Dissertationen, von denen insbesondere diejenigen von Schultz und Püschel zum § 1227 berücksichtigt worden sind, haben einzelne Bestimmungen des näheren erörtert. Eine reichhaltige Erörterung hat der § 1225 — s. auch oben schon den § 774 — gefunden. Dagegen hat sich wieder die Praxis lebhaft betätigt. Hinsichtlich des Sicherungskaufs (s. zu § 1205) hält sie an den schon mehrfach ausgesprochenen Grundsätzen fest. Lehrreich und wichtig sind auch ganz besonders die Urteile zu § 1244 und § 1292.

§ 1204. 1. OLG. Bamberg, SeuffA. **58** 124: Die Bestellung eines Pfandrechts an der eigenen Sache ist begrifflich ausgeschlossen.

2. **RG. 53** 219, JW. **03** Beil. 20: Gegenstand des Pfandrechts kann nicht eine Sachgesamtheit sein, wohl aber können die zu einer solchen gehörigen Einzelsachen unter der im Verkehr üblichen zusammenfassenden Benennung verpfändet werden, und zwar auch in dem Sinne, daß die bestimmungsgemäß veräußerten Sachen aus der Pfandhaftung aus- und die neu angeschafften Stücke in die Pfandhaftung eintreten. S. auch JDR. **1** zu § 1205 Note 4.

3. OLG. **6** 268 (Kiel): An Beweis- und Legitimationspapieren allein ohne gleichzeitige Verpfändung der Forderung kann kein Pfandrecht bestellt werden.

4. Verpfändung eines Sparkassenbuchs, das nicht auf den Namen des verpfändenden Schuldners lautet. Erkundigungspflicht bezüglich der Berechtigung zur Hingabe. OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 65.

§ 1205. 1. OLG. **7** 42 (Königsberg). Der Werkführer des Verpfänders wurde in dessen Gegenwart und mit seiner Zustimmung zum Aufseher über die zu verpfändenden Holzbestände bestellt. Dadurch ging die tatsächliche Gewalt über die Hölzer dem Verpfänder verloren und auf den Pfandnehmer über; wenn auch der bestellte Aufseher im übrigen weiterhin Angestellter des Verpfänders blieb, so durfte er die ihm übertragene Aufsicht hinfort doch nur für den Pfandnehmer ausüben, der folglich nach §§ 854 Abs. 1, 855 den alleinigen Besitz an den zu verpfändenden Hölzern erwarb.

2. OLG. Braunschweig, SeuffA. **58** 69 ff.: Wenn der Gesetzgeber Sicherheitsübereignungen durch Konstitut als nichtig behandelt wissen will, so hätte er dies ausdrücklich vorschreiben müssen.

Ebenso OLG. Naumburg, ebenda 237 ff.: Doch muß (vgl. **RG. 43** 394) besonders scharf geprüft werden, ob objektiv die Erfordernisse eines Kaufvertrags vorhanden sind. (Im vorliegenden Falle ist der ernste Willen der Parteien, Eigentum zu übertragen und zu erwerben, verneint: Verkauf ganz unentbehrlicher Gegenstände; die Gefahr sollte der „Mieter" tragen usw.) S. ähnlichen Fall R. **03** 505 Nr. 2548.

Über den Sicherungskauf vgl. o. zu § 930 Note 2 u. JDR. **1** zu § 1205 Note 7b, § 930 Note 5, über fiduziarische Abtretungen o. zu § 398 Note 3 und die dortigen Verweisungen.

§ 1206. 1. OLG. 5 323 (Stettin): Ungenügend ist es, wenn derart Mitbesitz hergestellt wird, daß der Verpfänder zusammen mit einem Dritten unmittelbaren Besitz erhält, sodaß die Verfügungsmacht des Dritten (Treuhänders) nur der des Verpfänders gleichwertig ist. So genügt insbesondere nicht die Verabredung, daß die Ehefrau des Verpfänders Treuhänderin des Gläubigers sein und mit dem Ehemanne weiter gemeinschaftlich besitzen soll.

2. **RG. 53** 219, JW. **03** Beil. 20 (s. auch o. zu § 1204 Note 2): Die Verpfändung eines Warenlagers, das sich auf einem ermieteten Grundstücke befindet, wird nicht schon dadurch gültig, daß der Pfandgläubiger an Stelle des Verpfänders das Grundstück mietet, sofern letzterem die Schlüssel zum Grundstücke nach wie vor allein zugänglich bleiben.

S. ferner JDR. **1** zu § 1206 Note 1.

§ 1207. Wegen der Verpfändung unterschlagener Sachen vgl. o. § 935 Ziff. 2.

Über einen Fall der Anwendung des § 1207 in Verb. mit §§ 932, 934, 935 bei Verpfändung noch nicht fälliger Coupons s. OLG. 7 40 (Braunschweig). Es genügt nicht für den guten Glauben der Glaube an die Verfügungsbefugnis des Verpfänders; der Pfandnehmer erwirbt nur dann ein Pfandrecht an der dem Verpfänder gehörigen Sache, wenn er ihn gutgläubig für ihren Eigentümer hielt. Ein Vater aber, der an dem Vermögen seiner Kinder den Nießbrauch hat, ist noch nicht Eigentümer der zu einer in diesem Vermögen befindlichen Obligation gehörigen Coupons seiner Kinder; sie bleiben die Gläubiger der in ihr verbrieften Forderung.

§ 1208. OLG. Cöln, R. 03 551: Das Mietpfandrecht geht dem Pfändungspfandrechte vor und geht diesem gegenüber nicht durch Ablauf der Frist des § 561 Abs. 2 unter.

§ 1211. Vom Verpfänder und Eigentümer und in gewissem Umfange von jedem dinglich Berechtigten können die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden dem Pfandgläubiger gegenüber aus eigenem Rechte geltend gemacht werden, aber nur, wenn es sich um den Anspruch auf Befriedigung handelt, besonders also im Falle des § 1231. Gegenüber dem Pfandanspruch auf Befriedigung kann jeder Besitzer unter Berufung auf die genannten Einreden die Herausgabe der Pfandsache verweigern, wenn der persönliche Schuldner nicht auf ihre Geltendmachung verzichtet hatte. Gegen die Forderung bestehende peremtorische Einreden können der Eigentümer und Verpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber stets geltend machen. Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 BGB. (Leipzig 1903) 48 ff.

§ 1212. Über das Wesen der Trennung vgl. oben §§ 953—955.

§ 1215. OLG. Zweibrücken, Puchelts Z. 34 361: Der Pfandgläubiger ist zur Versicherung des Pfandes gegen Brandschaden nicht verpflichtet.

§ 1219. BayrObLG., R. 03 505: Auch bei dieser Versteigerung darf der Pfandgläubiger nach § 1239 mitbieten.

§ 1225. In welcher Weise ist der Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers zu regeln, wenn für die Forderung neben dem Hauptschuldner noch ein Bürge und ein von einem Dritten dem Gläubiger bestelltes Pfand haften? Vgl. insbes. auch o. zu § 774 Note 2.

a) Biermann, Sachenrecht Erl. 1 zu § 1225, gibt dem einlösenden Drittverpfänder und Pfandeigentümer den Anspruch des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen im vollen Betrage. Ihm schließen sich Endemann III § 141 Anm. 10 und Staudinger-Kober Erl. 2 an.

b) Planck-Greiff hält es für wesentlich, daß im § 1225 im Gegensatze zum § 1143 nicht nur entsprechende Anwendung von § 774 Abs. 1, sondern von § 774 schlechthin angeordnet ist, und will demgemäß im Falle des § 1225 die Vorschrift des § 774 Abs. 2 zur Geltung gebracht wissen. Der Verpfänder soll im Falle der durch ihn bewirkten Einlösungszahlung dem Bürgen gegenüber den Anspruch des befriedigten Gläubigers nur mit derselben Beschränkung geltend machen können, wie dies nach § 774 Abs. 2 ein Mitbürge einem Mitbürgen gegenüber kann.

c) Strohal, DJZ. 03 373 ff. kommt zu dem Ergebnis, daß sich für den Verpfänder und Pfandeigentümer die Wahl zwischen doppeltem Vorgehen ergibt: (Vgl. Näheres o. zu § 774 Note 3a.).

α. Er entscheidet sich dafür, die mit dem Pfandrechte belastete Sache als eine pfandfreie für sich zu behalten; damit entfällt die Möglichkeit der Geltendmachung des auf ihn übergegangenen Rechtes des befriedigten

Gläubigers gegen den Bürgen, soweit als dieser im Falle des ihm durch §§ 774, 776 gewährleisteten Eintritts in das Pfandrecht hätte Befriedigung erlangen können.

β. Zieht der Drittverpfänder und Pfandeigentümer bei einer Einlösungszahlung auch die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechtes des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen in Rechnung, so dauert das Pfandrecht an der Sache nach § 1256 Abs. 2 fort. Dem vom Verpfänder in Anspruch genommenen Bürgen steht die Möglichkeit des Eintritts in das Pfandrecht offen. Will man das Pfandrecht hier als erloschen ansehen (§ 1256 Abs. 1), so ist der Regreß des Verpfänders an den Bürgen nur gegeben, sofern er diesem gegenüber Zug um Zug zur Neuherstellung des Pfandrechts bereit ist.

d. Koban, Regreß des Bürgen und des Pfandeigentümers, führt aus: Die im § 1225 vorgeschriebene entsprechende Anwendung auch des zweiten Absatzes des § 774 ist keineswegs, wie die herrschende Meinung annimmt, auf einen Redaktionsfehler zurückzuführen. Es wird hierdurch vielmehr auch hinsichtlich der Dritten gehörenden Pfänder eine interne Verteilung der Haftungslast angeordnet, ähnlich wie bei den Mitbürgen.

Der zweite Absatz des § 774 muß in seiner entsprechenden Anwendung auf die Pfänder lauten: „Mehrere Pfänder (nicht etwa die Verpfänder) haften einander nur nach § 426“. Diese Vorschrift darf aber nicht nur auf den gesetzlichen Eintritt nach § 1225 bezogen, sondern muß in dem weiteren Sinne aufgefaßt werden, daß die für dieselbe Schuld haftenden Pfänder unter allen Umständen nur nach der im § 426 gegebenen Verteilungsregel zur gegenseitigen Haftung herangezogen werden dürfen. Nicht nur der nach § 1225 subrogierte Verpfänder, sondern auch der nach § 1249 subrogierte Pfandeigentümer darf gegen andere gleichzeitig haftende Pfänder nur pro parte regredieren. Auch falls einem der mehreren dritten Pfandeigentümer vom Gläubiger das ganze Forderungsrecht samt den Pfandrechten freiwillig zediert wurde oder eine sonstige Vereinigung der Gläubigerrechte mit dem Eigentum an einem der Pfandobjekte eingetreten ist, gilt die Verteilungsregel des § 426 (198 ff.).

Was die Repartition selbst betrifft, so wird in erster Linie das besondere zwischen den dritten Pfandeigentümern etwa bestehende Verhältnis berücksichtigt, aber nicht nur das auf besonderer Vereinbarung, sondern auch das auf anderen speziellen Umständen beruhende. Insbesondere kommt hierbei in Betracht, daß der zahlende dritte Pfandeigentümer bisweilen bereits von vornherein schadlos gehalten ist, was in der Regel dann der Fall sein wird, wenn er nicht selbst der Verpfänder ist, sondern die mit dem Pfandrechte belastete Sache erst nach der Verpfändung erworben hat (181 ff.).

Liegt kein solches besonderes Verhältnis vor, so hat Verteilung zu gleichen Anteilen einzutreten, wobei aber bei den die Schuld nicht vollkommen deckenden Pfändern, und nur bei diesen, die Berechnung der Quoten nach dem Verhältnisse des Wertes zu erfolgen hat (daselbst 184 ff. und 200). Vgl. Dernburg, Pfandrecht II 366, der für das gemeine Recht ohne weiteres Repartition nach dem Werte der Pfänder eintreten läßt. Wie Koban auch Martinius, DJZ. 03 543, s. o. zu § 774, Note 2b.

De lege ferenda wäre dringend zu empfehlen, diese gleichmäßige Verteilung der Haftungslast unter die dritten Pfandeigentümer auch gegen Willkürakte des Gläubigers in ähnlicher Weise zu schützen, wie es hinsichtlich der Mitbürgen durch § 776 geschieht. Koban 203 ff.; vgl. auch 187 und 201 daselbst.

Das Gesagte gilt trotz gänzlichen Stillschweigens des Gesetzes auch hinsichtlich der internen Verteilung der Haftungslast zwischen den dritten Eigen-

tümern von Pfand- und Hypothekargütern, während hinsichtlich der Gesamthypotheken nur die nicht ganz einwandfreien Bestimmungen der §§ 1173 und 1182 in Betracht kommen. Koban 187 und 201 ff.

Literatur: Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 BGB. Leipzig 1903. — Püschel, Die Pfandklage des BGB. Göttingen 1903.

§ 1227. Schultz führt aus: Die einzelnen Pfandansprüche entsprechen den Eigentumsansprüchen aus §§ 985—1003, 1004 und 1005 (3), der Anspruch aus § 1007 steht dem Pfandgläubiger, wenn überhaupt, ohne Vermittelung des § 1227 zu (80).

Einen Herausgabeanspruch hat nur der zum Besitze berechtigte Pfandgläubiger je nach dem Umfange seines Besitzrechts (4 ff.), er erstreckt sich auf alle verpfändeten Sachen, wenn sie auch nicht alle zur Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlich sind (14). Voraussetzung für den Herausgabeanspruch ist, daß das Pfandrecht durch den eingetretenen Besitzverlust nicht untergegangen ist. (15 ff.)

Wer als Besitzer zur Begründung der Passivlegitimation anzusehen ist, unterliegt denselben Bedenken, wie bei der Eigentumsklage. (19 ff.)

Die Vermutung aus § 1006 findet auf die Pfandansprüche entsprechende Anwendung (Schultz 30 ff., Püschel 79 ff.); a. A. Meisner, Sachenrecht Anm. 2 zu § 1065.

Herausgabe von Nutzungen oder Früchten kann der Pfandgläubiger nur verlangen, wenn er zu deren Bezuge berechtigt ist; hat er kein Nutzungsrecht, steht ihm hinsichtlich der getrennten Erzeugnisse ein Herausgabeanspruch nur insoweit zu, als das Pfandrecht dem Rechte des Besitzers an der Sache vorgeht und der Pfandgläubiger überhaupt zum Besitze der Pfandsache berechtigt ist. (39 ff.)

Schadensersatzansprüche des Pfandgläubigers in Ansehung der Hauptsache und der Nutzungen und Früchte sind durch sein Pfandinteresse begrenzt, darüber hinaus stehen ihm solche Ansprüche nur zu, wenn er dem Verpfänder gegenüber zum Ersatze verpflichtet ist (Schultz 43 ff., vgl. auch Püschel 48 ff.). Über die Rechtsverhältnisse an dem gezahlten Betrage s. Püschel 59 ff.

§ 986 findet entsprechende Anwendung: zum Besitze ist dem Pfandgläubiger gegenüber berechtigt, wer von dem Pfandgläubiger ein Recht zum Besitz ableitet, sowie wer an der Sache ein mit Besitzberechtigung verbundenes Recht hat, das dem Rechte des Pfandgläubigers vorgeht (53 ff.); auf den Fall des § 1205 Abs. 2 findet § 986 Abs. 2 entsprechende Anwendung. (55.)

Ersatz von Verwendungen kann vom Pfandgläubiger im allgemeinen wie vom Eigentümer verlangt werden (nach Püschel 63 ff. nur insoweit, als der Pfandgläubiger bereichert ist), jedoch kommt es in dem § 996 entsprechenden Falle auf eine Erhöhung des Tauschwerts der Sache an. Der Verpfänder kann keinen Ersatz für Verwendungen verlangen, ebensowenig der persönliche Schuldner. Beim Nutzungspfande steht dem Verpfänder, niemals jedoch dem persönlichen Schuldner, ein Ersatzanspruch wegen der Fruchtziehungskosten zu. (56 ff.)

Da durch Tilgung der Forderung das Pfandrecht erlischt, geht durch Zahlung des Forderungsbetrags und der Nebenleistungen, soweit sie der Pfandgläubiger als Erfüllung gelten lassen muß, auch der Herausgabeanspruch unter. Darüber hinaus kann der Verpfänder die Verurteilung stets durch Zahlung des Betrags der Forderung abwenden, wenn der persönliche Schuldner zu dieser Zeit zur Leistung berechtigt war. Im Falle des § 1249 erlischt das Pfandrecht nicht, sondern geht auf den Leistenden über. (63 ff.)

Die Abmachung, die Befriedigung aus mehreren Pfändern solle in bestimmter Reihenfolge stattfinden, beschränkt nur das Befriedigungsrecht, nicht auch das Besitzrecht an den einzelnen Pfandsachen. (66 ff.)

Mit der Klage aus § 1007 kann der Pfandgläubiger, wenn der Beklagte nachweist, daß der Kläger nur Pfandgläubiger ist, hinsichtlich der Nutzungen und des Schadensersatzes keine weitergehenden Ansprüche geltend machen, als mit der Klage aus §§ 1227, 985 (83). Zum Ersatze von Verwendungen kann der aus § 1007 klagende Pfandgläubiger, sofern er dartut, daß er nicht Eigentümer, sondern Pfandgläubiger sei, nicht im weiteren Umfang angehalten werden, als gegenüber der Pfandklage (89).

§ 1231. Meikel, R. **03** 197 ff. führt aus: Der Anspruch steht nicht zu dem mittelbaren Alleinbesitzer bei Bestellung nach § 1205 Abs. 2; dieser kann den ihm abgetretenen Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer geltend machen oder aber (wie gegen Planck § 1231 Anm. 1 ausgeführt wird) die Pfandsache gemäß § 931 veräußern. Vielmehr beschränkt sich § 1231 auf den Fall des Mitbesitzes, wobei jedoch zu unterscheiden ist, ob der andere Mitbesitzer der Verpfänder ist (dann unbeschränkter Anspruch) oder ein anderer dinglich Berechtigter, (dann nur Anspruch, wenn Pfandrecht Vorrang hat), oder ein anderer obligatorisch Berechtigter (dann kein Anspruch, wenn dieser sein Recht vom Pfandgläubiger ableitet). Nicht anwendbar ist § 1231 schließlich bei mittelbarem Mitbesitze (zweiter Fall des § 1206).

§ 1233. Abs. 2. Der „vollstreckbare Titel" ist nicht eine Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung, sondern nur die urteilsmäßige Feststellung der Verkaufsbefugnis. Steht ausnahmsweise neben dem Pfandrecht eine Realobligation, wie im Seerecht, so genügt auch eine Verurteilung zur Leistung aus der Sache. Siber, Rechtszwang 207 ff.

§ 1239. BayrObLG., R. **03** 505 Nr. 2549: Aus dem § 1239 darf nicht geschlossen werden, daß der Pfandgläubiger vom Bieten ausgeschlossen ist, wenn er das Pfand gemäß § 1219 versteigern läßt, ebensowenig wie aus dem § 373 HGB. zu entnehmen ist, daß der Verkäufer nicht mitbieten kann, wenn er die verkaufte Sache gemäß § 383 HGB. versteigern läßt. Vielmehr liegt das Mitbieten des betreibenden Teiles, indem er die Erzielung eines höheren Erlöses ermöglicht, in beiderseitigem Interesse.

§ 1243. OLG. 6 126 (Dresden); Für die Wirkungen des Pfandverkaufs sind an sich die Kenntnis oder Nichtkenntnis des Eigentumsverhältnisses nicht entscheidend, wesentlich ist vielmehr, ob er rechtmäßig oder nicht rechtmäßig erfolgt (§ 1243). Wird z. B. der § 1234 verletzt, so tut dies der Rechtmäßigkeit keinen Eintrag.

§ 1244. KG., KGBl. **14** 80 ff.: Aus den §§ 1273, 1244 ergibt sich nichts, was die Anwendbarkeit des § 1244 im Gegensatze zu der durch § 1273 gegebenen Regel, daß diese Vorschriften (über das Pfandrecht an beweglichen Sachen) auf das Pfandrecht an Rechten entsprechend anwendbar seien, ausschlösse. § 1282 steht gleichfalls nicht entgegen; im Schlußsatze wird das Recht aus § 1277 unberührt gelassen. Nach § 1277 kann aber der Pfandgläubiger seine Befriedigung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, z. B. § 844 ZPO. Es ist also die Anwendbarkeit des § 1244 auf die Versteigerung einer Hypothek gegeben, und der gutgläubige Ersteher einer zwangsweise versteigerten Hypothek erwirbt das Eigentum daran selbst dann, wenn auch der Pfändungspfandgläubiger ein gültiges Pfandrecht nicht besessen haben und auch den Erfordernissen nicht genügt sein sollte, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt, also etwa die Verwertungsanordnung des Vollstreckungsgerichts ungesetzlich und die Rechtmäßigkeit der Versteigerung an sich zu verneinen war.

§ 1252. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 905: § 1252 findet auf Pfandrechte, die vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind, keine Anwendung.

§ 1253. Die Rückgabe ist keine Willenserklärung, sondern eine private Handlung ohne Äußerungsgehalt. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 216.

OLG. 7 304 (Dresden): Die Vorschrift ist auf das Pfändungspfandrecht analog anzuwenden. Dies erlischt also, wenn der Gläubiger dem Schuldner Entfernung der Pfandzeichen und Veräußerung des Pfandes gestattet.

§ 1255. OLG. 6 257 (Königsberg): Die Vorschrift ist auf das Pfändungspfandrecht analog anzuwenden. Die Stellung des „Verpfänders" hat der Vollstreckungsschuldner.

Zweiter Titel.
Pfandrecht an Rechten.

§ 1273. KGBl. 14 80 (KG.): Auch § 1244 ist analog anwendbar, z. B. auf die Versteigerung einer rechtsunwirksam gepfändeten Hypothek oder bei unzulässiger Versteigerung einer Hypothek. (Vgl. o. zu § 1244).

§ 1274. 1. RG. 53 107, JW. 03 Beil. 19: Zur Verpfändung von Anteilsrechten an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist gerichtliche oder notarielle Form nach § 15 des Ges. betr. G. m. b .H. v. 20. 5. 1898 erforderlich.

2. OLG. 7 42, Puchelts Z. 34 484 (Colmar): Eine hypothekarisch gesicherte Forderung kann durch Übergabe des Hypothekenbriefs ohne schriftliche Erklärung nicht verpfändet werden.

§ 1276. Adler, Österr. Patentblatt 01 Nr. 20 und Zivilrechtl. Erörterungen zum Patentregister 145 ff., führt aus, daß der Verzicht eines Patentinhabers auf sein mit ausschließlichen Lizenzrechten, mit Pfandrechten oder Nießbrauchsrechten belastetes Patent dasselbe nicht zur Erlöschung bringt.

§ 1280. Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession (Berlin-Rostock 1903): Sicherungszession ohne die bei der Verpfändung erforderliche Benachrichtigung geht in fraudem legis, weil ein Verbotsgesetz vorliegt, ist also ungültig (41 ff.).

§ 1287. Satz 2. Es gibt nur eine Eintragungsmaxime, kein Eintragungsprinzip. Wenn daher, wie im § 1287 (und § 1075), die Entstehung eines Rechtes nicht ausdrücklich von der Eintragung abhängig gemacht wird, kann dieselbe nicht auf Grund eines angeblichen Eintragungsprinzips gefordert werden. Neumann, Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts 75.

§ 1292. OLG. 7 172 ff. (Stuttgart): Die „In-Depot-Gabe" des Wechsels zur Sicherheit genügt nicht zur Verpfändung nach § 1292. Solche Sicherheit kann auch ohne Verpfändung gewährt werden. Die bloße Übergabe des in blanco girierten Wechsels setzt den Empfänger schon instand, ihn zu verwerten oder die Wechselforderung bei Verfall einzuziehen. Die zu Sicherungszwecken erfolgende Übergabe eines in blanco indossierten Wechsels braucht also nicht notwendig eine Verfaustpfändung zu sein, kann auch eine bedingte oder unbedingte fiduziarische Übertragung der Wechselforderung sein. Die Absicht der Verpfändung ist gerade, weil sich die Dinge wirtschaftlich so nahe berühren, nicht als selbstverständlich anzusehen. (Im vorliegenden Falle verneint.)

§ 1293. Pfandrecht an Inhaberaktien. Förtsch, R. 03 561: Das Pfandrecht an sich gibt dem Pfandgläubiger kein Stimmrecht. Der Eigentümer kann ihn aber zur Ausübung in eigenem Namen ermächtigen.

Hierzu OLG. Frankfurt, R. 03 128: Das Pfandrecht an einer Aktie, sei es durch Pfändung oder Rechtsgeschäft erworben, umfaßt nicht das mit dieser verbundene Stimmrecht, dies ruht einstweilen.

Viertes Buch.
Familienrecht.

Erster Abschnitt.
Bürgerliche Ehe.
Erster Titel.
Verlöbnis.

§ 1297. 1. Der Streit über die Rechtsnatur des Verlöbnisses (vgl. JDR. 1 Ziff. 2 zu § 1297) ist noch nicht zur Ruhe gekommen. Es ist nachzutragen:

a) Wie Goldmann, DJZ. 01 19, 432 auch Dernburg, Bürg. Recht IV 22 f.: Das Verlöbnis ist ein familienrechtlicher Vertrag, auf welchen die Rechtssätze des allgemeinen Teiles, bei dessen Regelung in erster Linie vermögensrechtliche Verhältnisse vorschwebten, zum großen Teile unanwendbar sind; ferner Leske 631, Türke-Niedenführ-Winter IV 2 Anm. 5, welche jedoch die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen anwendbar sein lassen wollen, und Endemann II § 151. Insoweit letzterer zum Verlöbnisvertrage dieselben materiellen Voraussetzungen erfordert, wie zur Eingehung der Ehe selbst, widerspricht ihm Dernburg, Bürg. Recht IV 23 Anm. 17.

b) Mit Dittenberger stehen auf dem Standpunkte der einfachen Vertragstheorie Cosack, Staudinger, Opet, Breit, Geschäftsfähigkeit 216 ff. und Planck (2) IV 8 f. Anm. 1.

c) Jacobi 19 u. Matthiaß II 226 nehmen ein Garantieversprechen an.

d) Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 180 ff., begründet die Meinung, daß das Verlöbnis kein Vertrag, sondern eine Vereinigung unmaßgeblicher Willensäußerungen sei, die nicht zu besagen brauchen, daß man eine Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe übernehmen, sondern nur, daß man tatsächlich die Ehe eingehen will.

2. Im Gegensatze zur herrschenden Meinung nimmt Dernburg IV 24 f. an, daß für beschränkt Geschäftsfähige die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Verlobung nicht erforderlich ist. Ebenso Spahn, Verwandtschaft 226. Vgl. JDR. 1 Ziff. 4 zu § 1297.

3. Gegen Planck, Endemann, Opet vertritt Dernburg IV 24 f. in Übereinstimmung mit Stutz (Die Rechtsnatur des Verlöbnisses) die Ansicht, daß eine Vertretung bei Eingehung des Verlöbnisses zulässig sei, daß aber Spezialvollmacht vorliegen müsse. Das Verlöbnis fordert die Fähigkeit der Verlobten, miteinander eine gültige Ehe eingehen zu können, es genügt aber, daß sie künftig diese Fähigkeit erhalten können. Daß Ehemündigkeit nicht zur Wirksamkeit des Verlöbnisses zu fordern sei, meint auch Breit a. a. O.

4. Das Verlöbnis begründet keine, nicht einmal eine natürliche Rechtspflicht zur Eheschließung. Die Verpflichtung beim Bruche des Ver-

löbnisses, gewissen Personen (nicht nur dem anderen Verlobten!) den durch die Erwartung der Ehe verursachten Schaden zu ersetzen, ist nicht auf eine Eheschließungspflicht zurückzuführen. Sie beruht vielmehr, genau wie die Pflicht zum Ersatze des Schadens, der einem anderen durch das Vertrauen auf die Gültigkeit einer Willenserklärung oder eines Vertrags erwachsen ist (§§ 122, 179, 307, 309), darauf, daß jemand andere durch eine bedeutsame Erklärung schuldhafterweise irregeführt hat Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 180/182.

5. Aus der Praxis:

a) **RG.** Gruchots Beitr. **47** 135, R. **03** 80: Falls nichts anderes vereinbart ist, hat als Erfüllungsort für den Verlöbnisvertrag nicht derjenige Ort zu gelten, an dem der erste eheliche Wohnsitz genommen wird, sondern der Ort, an dem die Verlobten den Akt der Eheschließung (die Trauung) vornehmen wollen oder müssen.

b) Übergangsbestimmung: OLG. Frankfurt, R. **03** 154: Auf ein über den 1. 1. 00 hinaus fortgesetzes Verlöbnis finden hinsichtlich der durch das Verlöbnis begründeten Wirkungen die Vorschriften des neuen Rechtes Anwendung.

§ 1298. 1. Leske 627 f. bemerkt: Die Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs bildet die Tatsache des Rücktritts vom Verlöbnisse. Sache des zurückgetretenen Verlobten ist es, den Anspruch durch den Nachweis abzuwehren, daß ein wichtiger Grund für den Rücktritt vorlag (vgl. Dittenberger, JDR. **1** Ziff. 1a zu § 1298). Über die Wichtigkeit des Grundes entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Im Anschluß an das ALR. ist anzunehmen, daß zunächst alle Gründe, aus welchen die Scheidung einer Ehe verlangt werden kann, auch den Rücktritt vom Verlöbnisse rechtfertigen. Wichtige Gründe sind ferner die Verletzung der Verlöbnistreue, die Verweigerung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder der Eltern, der Eintritt ansteckender oder unheilbarer Krankheit, der Irrtum in Ansehung der Vermögensverhältnisse, sofern es den Verlobten an dem nötigen Auskommen fehlen würde.

Spahn, Verwandtschaft 226: Der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte bedarf zwar zur Eingehung eines rechtswirksamen Verlöbnisses nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (vgl. o. Ziff. 2 zu § 1297), zur Geltendmachung der Ansprüche aus §§ 1298 ff. ist aber die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

Planck (3) III 11 Anm. 1 rechnet zu dem zu ersetzenden Schaden auch entgangenen Gewinn, freilich nur insoweit, als das Entgehen des Gewinns auf einer vermögensrechtlichen Verfügung beruht. Danach kann also, sagt er, eine Braut, die als Lehrerin angestellt war und in Veranlassung der Verlobung (nicht lediglich infolge Schwangerschaft: OLG. **4** 353) die Anstellung aufgegeben hat, den Schaden ersetzt verlangen, welcher ihr durch die Aufgabe der Stellung erwächst. Vgl. hierzu JDR. **1** zu § 1715 a. E.

2. Aus der Praxis:

OLG. **7** 43 (Karlsruhe): Unter Umständen kann auch Krankheit des anderen Verlobten den Rücktritt als berechtigt erscheinen lassen, insbesondere wird Lungentuberkulose als ein Leiden angesehen werden müssen, bei dessen Vorhandensein in ausgesprochener Form dem anderen Verlobten der Abschluß der Ehe und deshalb auch eine Fortsetzung des Verlöbnisses billigerweise nicht zuzumuten ist.

OLG. Naumburg, SeuffA. **58** 189: Irrtum über die Vermögensverhältnisse der Braut rechtfertigt den Rücktritt vom Verlöbnisse dann nicht, wenn der Bräutigam es unterlassen hat, vor Eingehung des Verlöbnisses an maßgebender Stelle mit der nötigen Sorgfalt sich zu vergewissern, ob die künftige Verlobte entsprechend ausgestattet sein wird (vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 1298).

OLG. 6 276 (Kiel): Erstattung der Auslagen, die für die mehrmalige Bewirtung anläßlich der Verlobung zur Gratulation erschienener Verwandten gemacht worden sind, kann nicht nach § 1298 verlangt werden.

§ 1300. 1. Begriff der Unbescholtenheit. (JDR. 1 Ziff. 2 zu § 1300.)

a) Unbescholtenheit ist nicht gleichbedeutend mit Jungfräulichkeit; der Anspruch steht auch einer verlobten Witwe oder einer geschiedenen Frau zu. Leske II 629 Anm. 10; Dernburg IV 29.

b) **RG. 52** 46: Den Einwand, daß die Braut bei Eingehung des Verlöbnisses nicht mehr unbescholten gewesen sei, kann der frühere Verlobte in dem Falle nicht erheben, wenn diese Bescholtenheit daraus hergeleitet wird, daß er selbst mit dem Mädchen schon früher Geschlechtsverkehr gehabt hat.

c) **RG. 52** 48 und OLG. Karlsruhe, DJZ. **03** 528: Die Bescholtenheit ist eine Folge der niedrigen Bewertung, die der Ruf eines Menschen innerhalb seines Lebenskreises von dritter Seite erfährt. Eine Person zu „beschelten" erscheint nur derjenige berechtigt, der keine Mitschuld an ihrer Bescholtenheit trägt. Der Begriff der Bescholtenheit ist daher insoweit kein absoluter und objektiver.

2. OLG. Frankfurt, Frankf. Rundsch. **36** 147: Der Tatbestand des § 1300 Abs. 1 liegt nicht vor, wenn die Beiwohnung vor dem Verlöbnis erfolgt ist (vgl. hierzu OLG. Frankfurt, JDR. **1** Ziff. 2 u. 5 zu § 1300). — In dem Versprechen des Mannes, die Frauensperson zu heiraten, wenn aus der Beiwohnung ein Kind hervorgehen sollte, ist kein Verlöbnis zu erblicken.

3. Übergangsbestimmung. OLG. Cöln, R. **03** 312: Für einen Verlöbnisbruch als eine Art unerlaubter Handlung kommt nicht das Recht in Anwendung, unter dessen Herrschaft die Eingehung des Verlöbnisses stattfand, sondern das Recht, unter dessen Herrschaft der Verlöbnisbruch erfolgte. Für die Schadensersatzansprüche aus den §§ 1298—1300 ist es gleichgültig, ob, abgesehen von dem Verlöbnisbruche, die sonstigen Voraussetzungen dieser Vorschriften vor dem 1. Januar 1900 vorliegen. (Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 6 zu § 1300, Ziff. 4a zu § 1298, Ziff. 6 zu § 1297.)

§ 1301. Dernburg, BürgR. IV 30 Anm. 16, wendet sich dagegen, daß, wie Planck annimmt, der Anspruch auf Herausgabe auch gegen den Dritten gehe, dem der Beschenkte die geschenkten Sachen unentgeltlich zugewendet hat. — Dem Verlobten ist auch die Rückforderung der Briefe, welche er an den Verlobten richtete, zu gestatten; auch das vor dem Verlöbnis in Erwartung desselben Geschenkte ist zurückzugeben. Dernburg a. a. O. Anm. 17. Wegen Rückgabe der Briefe anderer Meinung Cramer und David, JDR. **1** Ziff. 1 und 3 zu § 1301.

§ 1303. Seidlmayer, Iherings J. **46** 233, bezeichnet als „Wesen der Ehe" die wechselseitige persönliche Ergänzung von Mann und Weib, welche durch die auf gegenseitiger Liebe und Achtung fußende innigste dauernde Lebensgemeinschaft vermittelt wird.

§ 1304. Dernburg IV 47 Anm. 6: Für die Eheschließung genügt die Einwilligung des Vormundes, ohne daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hinzukommen müßte. (Näheres hierüber JDR. **1** Ziff. 3b zu § 1304.) Verweigert der Vormund die Einwilligung, so tritt an Stelle desselben das Vormundschaftsgericht. Gegen die Entscheidung des Gerichts steht dem Vormunde Beschwerde nicht zu. Ebenso LG. Darmstadt, HessRspr. 3 45. Vgl. auch Schultheis, JDR. **1** Ziff. 5 zu § 1304.

Leske II 638: Das Einwilligungsrecht der Eltern bleibt bestehen, auch wenn die Ehe der Eltern geschieden oder die eheliche Gemeinschaft aufgehoben oder wenn die elterliche Gewalt verwirkt oder entzogen ist oder ruht.

Zweiter Titel.
Eingehung der Ehe.

§ 1310. Das Ehehindernis des Abs. 3 ist (wie die Legitimation durch nachfolgende Ehe, §§ 1719 ff.) schon mit der Möglichkeit der unehelichen Vaterschaft begründet, ebenso konsequenterweise der Ehenichtigkeitsgrund des § 1327. Natter, A.zivPr. **95** 130 ff.

§ 1312. OLG. Stuttgart, DJZ. **03** 504: Der auf Gründen des öffentlichen Interesses und der öffentlichen Sittlichkeit beruhende § 1312 gibt dem unschuldigen Teile keinen Anspruch darauf, daß eine Ehe wegen Ehebruchs mit allen bezeichneten Personen geschieden wird und daß alle diese Personen im Urteilstenor genannt werden. Das Gericht kann sich mit der Feststellung, daß die Ehe wegen Ehebruchs des schuldigen Ehegatten mit einer jener Personen zu scheiden ist, begnügen.

OLG. **5** 393 (Hamburg): Das im § 1312 aufgestellte Ehehindernis kann nicht durch den Nachweis beseitigt werden, daß der Ehebruch entgegen der Feststellung im Scheidungsurteile nicht begangen worden sei.

§ 1313. Dernburg IV 55 Anm. 4, wendet sich dagegen, daß — wie Planck und Opet meinen — eine Frau, deren Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, auch dann an die Wartezeit gebunden sei, wenn sie den bisherigen Gatten heiraten wolle; diese dem Zwecke der Gesetzesbestimmung widersprechende Wortinterpretation sei verwerflich, da die Wiedervereinigung geschiedener Gatten zu fördern, nicht aber durch formelle Hindernisse zu erschweren sei.

§ 1314. 1. OLG. **5** 404 (BayrObLG.): Das Zeugnis ist nach § 1314 zu erteilen, wenn eine rechtswirksame Auseinandersetzung stattgefunden hat, gleichviel, ob sie in der richtigen Weise geschehen ist oder nach der Ansicht des Gerichts die Rechte der Kinder beeinträchtigt.

2. Dernburg IV 55 Anm. 7: Das Gesetz ist hinsichtlich des § 1314 nicht ausdehnend auszulegen, denn es schafft eine Ausnahmeregel — ein Ehehindernis. Dagegen will Opet zu § 1314 Ziff. 1 gegen den Wortlaut das Ehehindernis auch annehmen, wenn sich eine uneheliche Mutter, die ihr Kind bevormundet, verheiraten will.

Dritter Titel.
Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§§ 1325 ff. Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe in d. Festschrift der Universität Heidelberg für Bekker, 171: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe unterscheiden sich voneinander nicht nur in betreff ihrer Voraussetzungen und der Berechtigung zur Geltendmachung, sie sind auch innerlich voneinander verschieden. Bei der Nichtigkeit macht der formelle oder materielle Mangel das Rechtsgeschäft der Eheschließung nichtig, und nur in besonderen Fällen kann durch Hinzukommen eines weiteren Tatbestandes, allerdings mit rückwirkender Kraft, eine Heilung eintreten. Bei der Anfechtbarkeit ist das Rechtsgeschäft der Schließung der Ehe gültig und nur insofern mit einem Mangel behaftet, als durch die Anfechtungshandlung seine Wirkung wieder mit rückwirkender Kraft vernichtet werden kann.

§ 1325. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 174, hebt hervor: Die Bestätigung hat bei der nichtigen Ehe eine andere Bedeutung als bei der anfechtbaren (§ 1337). Bei der nichtigen Ehe bedingt sie das Gültigwerden der Ehe, bei der anfechtbaren hindert sie nur ihr Ungültigwerden.

§ 1329. Hellwig, DJZ. **03** 284 ff., hebt hervor: Da die Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklagen nicht als Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens der

Ehe aufzufassen sind, vielmehr das Recht auf Vernichtung des bestehenden Verhältnisses den Prozeßgegenstand bildet, und dieses Recht erst mit der Rechtskraft des kassierenden Urteils realisiert wird, kann in der Revisionsinstanz die Genehmigung oder Bestätigung der Ehe durch Erhebung der Widerspruchsklage aus §§ 767, 775 ZPO. geltend gemacht werden.

§ 1333. 1. Seidlmayer behandelt in Iherings J. **46** 183 den „Personen- und Eigenschaftsirrtum bei der Eheschließung". Er betont, daß das BGB. mit Recht von einer gesetzlichen Festlegung des Begriffs error in persona Umgang genommen habe (206), und stellt als Regel den Satz auf: Trifft das zur Zeit der Abgabe der Eheschließungserklärung in der Vorstellung des einen Eheteils bezüglich des anderen existente, als solches auch geeignete Individualisierungsmittel auf diesen nicht zu, so liegt ein Irrtum in der Person vor, es sei denn, daß in der Vorstellung des ersteren noch ein anderes selbständiges Individualisierungsmittel existent und dieses auf den anderen Eheteil zutreffend war.

Den Begriff „persönliche Eigenschaften", den der Gesetzgeber ebenfalls offen gelassen hat, definiert Seidlmayer als solche, die auf die Gesamtpersönlichkeit, die Individualität des Gegenkontrahenten Einfluß haben, und sagt: Als solche auf die Persönlichkeit Einfluß übende persönliche Eigenschaften im Sinne des § 1333 kommen lediglich die körperlichen, geistigen und sittlichen, der Person unter einer gewissen Dauer anhaftenden Eigenschaften in Betracht. Er ist der Ansicht, daß eine Gefahr allzuweiter Ausdehnung der Eheanfechtung auf Grund des § 1333 über den Eigenschaftsirrtum nicht bestehe.

2. OLG. **7** 100 (Hamburg): Der Irrtum über persönliche, namentlich auch sittliche Eigenschaften kann von Einfluß auf die Gültigkeit der Ehe sein. Die Zulässigkeit der Anfechtung ist aber auf den Irrtum über solche Eigenschaften beschränkt, welche bei Zugrundelegung objektiv vernünftiger Beurteilung des Wesens der Ehe auf den Heiratsentschluß des Irrenden Einfluß zu üben geeignet waren. Aus dem Grunde, daß der Ehemann vor der Eheschließung außerehelichen Geschlechtsverkehr gepflogen, Kinder erzeugt und Ehebruch begangen hat, kann regelmäßig die Ehe nicht angefochten werden.

§ 1334. Abs. 2. Wenn auch an und für sich die Täuschung über Vermögensverhältnisse die Anfechtung nicht begründet, so kann doch eine Anfechtung wegen der aus der Art und Weise der Täuschung sich ergebenden Charaktereigenschaften erfolgen. **RG.** JW. **03** Beil. 70.

§ 1337. Nach Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 86 f. sind Genehmigung und Bestätigung der Ehe rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, die Verweigerung der Genehmigung dagegen eine unmaßgebliche Willensäußerung.

§ 1339. **RG. 53** 334, JW. **03** Beil. 33, R. **03** 154, 528, SächsA. **13** 566: Bei Erhebung einer Scheidungs- oder Anfechtungsklage werden alle Gründe, welche bis zur Rechtskraft des Urteils vorgebracht werden können, mögen sie auf Scheidung abzielen oder zur Anfechtung dienen, rechtshängig. Die fristgemäße Erhebung der Scheidungsklage wahrt deshalb auch die Frist für die Anfechtung.

§ 1343. **RG.** JW. **03** 111: Die Ehe wird infolge der Anfechtung rückwärtshin mit dinglicher Wirkung vernichtet; die Nichtigkeit der Ehe zerstört sogar die Gültigkeit auch derjenigen Rechtsgeschäfte von Anfang an, die von einem Ehegatten, z. B. von der Frau kraft ihrer Schlüsselgewalt oder sonst auf Grund des ehelichen Rechtsverhältnisses, mit Dritten vorgenommen worden sind. Wenn vor Erlaß des Urteils über den von der Ehefrau geltend gemachten Unterhaltsanspruch die Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt ist, kann der Ehemann diese Nichtigkeit mit der Wirkung geltend machen, daß der Klaganspruch ex tunc zerstört wird.

Vierter Titel.

Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

§ 1348. 1. Über den Einfluß der Todeserklärung auf die Ehe siehe oben Ziff. 1 a bis f zu § 18.

2. Dochnahl, DJZ. **03** 571, ist der Ansicht, § 1348 hätte die Bestimmung enthalten müssen, daß durch die Aufhebung der Todeserklärung nach Schließung der neuen Ehe die Gültigkeit der letzteren nicht berührt werde. Nach dem strengen Wortlaute des § 1348 sei die neue Ehe nicht vor der Nichtigkeit geschützt, welche die Aufhebung der Todeserklärung an sich für sie im Gefolge hat (vgl. oben zu § 18).

3. Im Gegensatze zu Kuhlenbeck, JDR. **1** Ziff. 4 zu § 1348, vertritt Matthiaß II 232 Anm. 3 die Ansicht, daß, wenn der für tot Erklärte zwar noch bei der Todeserklärung, aber nicht mehr bei dem Abschlusse der neuen Ehe am Leben war, die neue Ehe gültig sei, auch wenn beide Ehegatten wußten, daß der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat.

§ 1350. Das Anfechtungsrecht fällt nicht fort, wenn der für tot Erklärte sich wieder verheiratet hat oder nach der Anfechtung gestorben ist. — Eine von dem Verschollenen eingegangene neue Ehe wird nichtig (§§ 1309, 1326) und die alte Ehe lebt mit der Nichtigkeitserklärung wieder auf. Matthiaß II 243.

Fünfter Titel.

Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

§ 1353. 1. Abs. 1. **RG.** JW. **03** Beil. 71, R. **03** 401: Die Ernstlichkeit der Wiederherstellungsabsicht ist zu prüfen und dabei insbesondere zu erwägen, ob der die Wiederherstellung verlangende Ehemann gewillt sein wird, seine beschränkten Mittel mit seiner Familie zu teilen (vgl. auch u. Ziff. 4 zu § 1567).

2. Abs. 2. a) **RG.** JW. **03** Beil. 87: Wird der von der Beklagten der Herstellungsklage gegenüber vorgeführte Ehescheidungsgrund für nicht vorliegend erachtet, so ist zu prüfen, ob nicht die dem Kläger vorgeworfene Verfehlung, wenn sie auch keinen Scheidungsgrund abgibt, geeignet ist, das Herstellungsverlangen als einen Mißbrauch seines Rechtes erscheinen zu lassen.

RG. JW. **03** Beil. 103, R. **03** 431: Ein Mißbrauch kann auch darin liegen, daß der Frau vom Manne unberechtigterweise die ihr vor der erstehelichen Tochter des Mannes zukommende Rechtsstellung vorenthalten wird.

RG. JW. **03** Beil. 44: Die beiden Gründe des Abs. 2, welche zur Verweigerung der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft berechtigen, stehen selbständig nebeneinander. Ist daher das Recht auf Scheidung zu klagen infolge Ablaufs der sechsmonatigen Frist erloschen, so kann trotzdem die Wiederherstellung der Gemeinschaft aus dem Grunde verweigert werden, weil sich das Verlangen des anderen Ehegatten als Mißbrauch seines Rechtes darstellt.

OLG. **6** 277 (Hamburg): Wenn im § 1353 Abs. 2 einem Ehegatten das Recht gegeben ist, die eheliche Folge zu verweigern, wenn das Verlangen des andern nach Herstellung der Gemeinschaft sich als ein Mißbrauch seines Rechtes darstellt, so kann das nicht bedeuten, daß ein Ehegatte wegen des Unwillens über die in der Vergangenheit liegenden Verfehlungen des andern sich von ihm fernhalten darf. Solche Verfehlungen begründen ein Recht zu getrenntem Leben nur, wenn sie zugleich Scheidungsgründe sind. Mißbrauch des Rechtes auf Herstellung der Lebensgemeinschaft dagegen liegt nur dann vor, wenn der eine Ehegatte durch Ausübung dieses Rechtes den andern in eine Lebenslage nötigen würde, die er ihm billigerweise nicht zumuten darf.

b) Die Frau hat die Häuslichkeit des Mannes nicht zu teilen, wenn sie dort gröblichen Mißhandlungen seitens des Mannes oder der Schwiegermutter ausgesetzt ist, OLG. 2 328 (KG.), sich lebensgefährlichen Zumutungen nicht entziehen kann, OLG. **1** 442 (Dresden), wenn der Mann eine Haushälterin in das Haus nimmt, mit der er früher in wilder Ehe lebte. Dernburg 101 Anm. 5.

§ 1354. **RG. 51** 182 ff.: Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann auch darauf gerichtet werden, daß die von dem Ehemanne getrennt lebende Ehefrau zur Heilung ihres Nervenleidens sich in eine Heilanstalt begebe.

RG. Str. **35** 397: Hat der Ehemann der Frau den selbständigen Betrieb eines Gewerbes gestattet, so scheidet hierdurch dieser Gewerbebetrieb aus dem Bereiche der das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten im Sinne des § 1354 aus. Die Ehefrau ist mithin in allen, lediglich diesen Gewerbebetrieb betreffenden Angelegenheiten von der Entscheidung des Mannes unabhängig, sie ist deshalb auch befugt, insoweit dem Willen ihres Ehemanns entgegenstehende Entscheidungen zu treffen.

BayrObLG., SeuffBl. **03** 209: Ein Gewaltverhältnis des Ehemanns gegenüber seiner Frau besteht nicht. Die Frau steht daher nach dem BGB. auch nicht unter der Aufsicht oder der Gewalt des Ehemanns im Sinne des § 361 Nr. 9 StrGB.

OLG. **6** 155 (KG.). Die Frau hat keinen Anspruch auf Zahlung eines bestimmten Wirtschaftsgeldes gegen den Mann.

§ 1357. 1. Menzel, SächsA. **13** 609, gelangt bei der Untersuchung des Verhältnisses der Schlüsselgewalt zur häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten zu folgenden Leitsätzen:

a) Das Vorhandensein einer häuslichen Gemeinschaft ist für die Fortdauer der Schlüsselgewalt nach außen hin nicht wesentlich.

b) Insbesondere ist auch nach Aufhebung dieser Gemeinschaft die Schlüsselgewalt zugunsten Dritter als fortbestehend anzusehen, bis

α. bei Entfernung des Mannes dessen ausdrückliche oder aus den begleitenden Umständen sich unzweideutig ergebende Willensäußerung, die Schlüsselgewalt zu beschränken oder auszuschließen,

β. bei Entfernung der Frau die Tatsache der Entfernung,

γ. beim Getrenntleben der Gatten auf Grund einer Vereinbarung diese Tatsache dem Dritten bekannt wird.

c) Im Falle b γ ist eine Fortdauer über den dort bezeichneten Zeitpunkt hinaus zugunsten des Dritten anzunehmen, wenn sich der Dritte auf Umstände beziehen kann, aus denen sich die Absicht des Mannes ergibt, die Schlüsselgewalt auch weiterhin fortbestehen zu lassen. Vgl. auch Dreyer, R. **01** 307, JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1357.

2. In Übereinstimmung mit Brückmann, JW. **02** 116, ist Warnatsch, DJZ. **03** 245 f., der Ansicht, daß der von einer Ehefrau zu ihrer Behandlung zugezogene Arzt von dem Ehemanne bezahlt werden muß. A. A. Witkowsky, JW. **02** 82.

§§ 1360, 1361. Die Unterhaltsansprüche der Ehegatten sind in der Hauptsache in §§ 1360/61 geregelt; allein einige Vorschriften der §§ 1601 ff. finden auf die Unterhaltspflicht der Ehegatten entsprechende, andere unmittelbare Anwendung. **RG.** JW. **03** Beil. 81.

SächsOVG. **4** 45: Ein Vertrag zwischen Ehegatten, wonach die Frau die gesamten Kosten des gemeinsamen Haushalts übernimmt, der Mann aber seine Arbeitskraft ausschließlich in den Dienst der Frau stellt, ist mit dem sittlichen

Wesen der Ehe nicht unvereinbar und berechtigt die Frau, die ihrem Manne gewährten Bezüge von ihrem steuerpflichtigen Einkommen in gewissem Umfange zu kürzen.

OLG. 6 278 (Celle): Solange die Ehe der Parteien rechtlich besteht, wirkt die durch die §§ 1360 ff. geregelte Unterhaltspflicht fort; dem Umstande, daß für den Unterhaltspflichtigen ein Scheidungsgrund erwachsen ist, kann keine Bedeutung beigemessen werden.

RG. JW. 03 146: Wenn eine Ehefrau Ersatz für einen durch einen Unfall herbeigeführten Erwerbsverlust einklagt, so ist der ihrem Ehemanne gegenüber ihr zustehende Unterhaltsanspruch nicht geeignet, den Anspruch auf Ersatz des Verlustes der Erwerbsfähigkeit gegen den Haftpflichtigen rechtlich auszuschließen.

OLG. 7 45 (KG.). Indem das Gesetz den Mann verpflichtet, aus dem ihm persönlich entbehrlichen Teile des Hausrats etwas an die Frau herauszugeben, setzt es einen bestimmten tatsächlichen Besitzstand voraus und legt dem Manne keineswegs die Verpflichtung auf, Haushaltungsgegenstände, die nicht oder nicht mehr vorhanden sind, anzuschaffen, um die Frau in den Stand zu setzen, einen eigenen Hausstand einzurichten. Einen derartigen Ausstattungsanspruch über die angemessene Zuteilung vorhandenen, dem Manne entbehrlichen Hausrats hinaus gewährt Satz 2 § 1361 der Frau nicht; bedarf sie bestimmter neu anzuschaffender Haushaltungsstücke zur eigenen Einrichtung, so kann sie nur durch Forderung einer entsprechend höheren Unterhaltsrente die Mittel dazu sich verschaffen.

OLG. Frankfurt, R. 03 292: Eine Geldrente kann nicht schon dann gewährt werden, wenn die Ehegatten auf Grund beiderseitigen Einverständnisses getrennt leben, sondern nur, wenn das Gesetz die Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft zuläßt.

OLG. Frankfurt, R. 03 292: Es steht dem Ehemanne nicht zu, das zum eigenen Unterhalt Erforderliche vorwegzunehmen und die Ehefrau auf das dann noch etwa Verbleibende zu verweisen; vielmehr muß er regelmäßig, soweit nicht die Ausnahmevorschrift des § 1361 Abs. 2 Platz greift, alles, was er hat und erwirbt, mit seiner Frau teilen.

OLG. 7 44 (Dresden): Auch in anderen als in den im § 1361 gedachten Fällen kann die Ehefrau eine andere Art der Unterhaltsgewährung, insbesondere Unterhalt in Geld verlangen, wenn die Umstände es erfordern. § 1361 trifft nur Bestimmung für einen der Fälle, in denen Naturalverpflegung durch besondere Umstände unmöglich gemacht oder doch durch Zweckmäßigkeitsgründe ausgeschlossen wird (vgl. auch besonders JDR. 1 Ziff. 3a zu § 1361).

OLG. 7 101 (Rostock): Wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte den Anspruch auf Gewährung des Unterhalts in Form einer Geldrente oder eines Geldbeitrags auf seine eigene Weigerung, das eheliche Leben herzustellen, gründet, so liegt ihm der Nachweis ob, daß seine Weigerung berechtigt ist. Beruht der Anspruch dagegen auf einer Weigerung des unterhaltspflichtigen Ehegatten, so genügt die Tatsache der Weigerung.

RG. JW. 03 Beil. 87: Der Umstand, daß ein Ehescheidungsprozeß zwischen den Parteien anhängig ist, steht der Zulässigkeit einer selbständigen klageweisen Geltendmachung des Unterhaltsanspruches nicht entgegen.

OLG. Colmar, R. 03 104: Wenn auch die Frau, um dem zu seinem Unterhalt unfähigen Manne den seiner Lebensstellung entsprechenden Unterhalt zu gewähren, nötigenfalls das Kapital ihres Vermögens angreifen muß, so braucht sie davon doch nur soviel abzugeben, daß sie nicht selbst unterstützungsbedürftig wird.

§ 1362. 1. Über die gesetzliche Vermutung s. besonders Wieruszowski und Frey, JDR. 1 Ziff. 1 u. 2 zu § 1362.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 910 ff. Bei der Bestimmung im § 1362 Abs. 1 handelt es sich allein um die Aufstellung einer Rechtsvermutung zugunsten der Gläubiger des Ehemanns, die, ihrer rechtlichen Natur entsprechend, in die Regelung der Beweislast eingreift, aber auch nur insoweit für die Eigentumsklage der Gläubiger des Mannes von Einfluß ist. Die Vermutung des § 45 KO. macht die Vermutung des § 1362 Abs. 1 für den Konkurs nicht entbehrlich. Der § 45 KO. betrifft nur solche Gegenstände, welche die Frau während der Ehe erworben hat, und daneben ist unbedenklich auch Raum für die allgemeine Vermutung aus § 1362 Abs. 1 in dem Sinne, daß auch dem Konkursverwalter diese Vermutung zur Seite steht und er, gegenüber deren Widerlegung durch die Frau, sich im Wege der Replik auf den § 45 KO. berufen kann.

RG. JW. **03** 357: Die Vermutung des Abs. 1 ist eine Beweisregel nur für den Zivilprozeß, sie befreit das Strafgericht nicht von der Verpflichtung, sich über die Wahrheit der Tatsache eine Überzeugung zu verschaffen, wobei es den der gesetzlichen Vermutung zugrunde liegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten beweisenden Wert beimessen darf.

Sechster Titel.
Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Judikatur des Güterrechts ist in dem Berichtsjahr verhältnismäßig ergiebiger geworden. In der Literatur sind monographische Werke, welche das ganze Güterrecht umfassen, außer dem fortschreitenden großangelegten Buch von Wieruszowski und dem zu Anfang 1903 erschienenen Familienrecht von Dernburg nicht zu verzeichnen. Eine neue theoretische Konstruktion des ehemännlichen Rechts am Gute der Frau ist von Heinsheimer ausgeführt. Dagegen sind wichtigere Fragen des praktischen Rechtslebens, welche sich an die Prozeßführung, Konkurse, Eheverträge, Testamente der Eheleute knüpfen, in kleineren Aufsätzen verschieden behandelt.

I. Gesetzliches Güterrecht.

Literatur: Ullmann, Gesetzliches eheliches Güterrecht (2) 1903. — Wieruszowski, Handbuch des Eherechts Bd. II.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 1366, 1367. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 1367. Ullmann 6 ff. sucht die Ausführungen von Hachenburg und Dernburg, JW. **02** 465 BR. IV 130, daß das Betriebskapital Vorbehaltsgut, zu widerlegen.

Er führt nach der Entstehungsgeschichte aus, daß der Begriff Arbeitsgeräte nur im engsten Sinne hatte verstanden werden sollen und der persönliche Gebrauch der Ehefrau nicht den Gebrauch der Frau überhaupt umfassen kann. Ebenso Wieruszowski 150, Staudinger (2) 156.

§ 1367. Entgelt für Arbeiten im Geschäfte des Ehemanns ist nur dann Vorbehaltsgut, wenn die Arbeiten die Grenze des § 1356 Abs. 2 überschreiten. OLG. **2** 385 (KG.), Neumann, Habicht-Schmidt, Mayer, Endemann, Opet. Abweichend stets Vorbehaltsgut: Leske 695, Schröder 17, Stobbe-Lehmann 200, Dernburg 129.

§ 1368. Bei vollständiger Gütertrennung ist die Bestimmung von Gegenständen zum Vorbehaltsgute weder erforderlich noch zulässig. KG. PosMschr. **04** 8.

§ 1369. Dernburg 133 (entgegen der herrschenden Meinung): Die Vorbehaltsqualität bezieht sich auch auf Zuwendungen, welche vor der Heirat erworben werden.

§ 1370. Schadensersatzanspruch der Ehefrau bei Körperverletzung. Ullmann, JW. **03** 233.

a) Anspruch auf Ersatz des Schadens, auch des immateriellen, ist eingebrachtes Gut, gleichgültig, ob Frau oder Mann Aufwendungen zur Beseitigung gemacht haben; nur der Anspruch auf Erstattung der Heilungskosten aus § 823 steht dem Manne zu, hat er bezahlt, aus § 812. Die Klage der Ehefrau ist dann abzuweisen; gegen Reinhardt, R. **02** 583.

b) Ersatzforderung wegen Vermehrung der Bedürfnisse und Verminderung der Erwerbsfähigkeit ist eingebrachtes Gut, letztere jedoch dann Vorbehaltsgut, wenn die Ehefrau ein Erwerbsgeschäft betreibt, oder sonst außerhalb des Hauses Arbeiten leistet.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§ 1373 ff. Heinsheimer, Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau 1903: Das ehemännliche Recht ist kein dingliches Recht an dem eingebrachten Gute, sondern ein familienrechtliches, absolutes Recht an der Person der Frau, dem Subjekte des gesamten Frauenvermögens als Einheit unter Ausschluß des Vorbehaltsguts. Der Inhalt des Rechtes ist die Beschränkung der Frau in ihrer Vermögenssphäre durch Übertragung der Vermögensverwaltung und Nutzungen auf den Mann zu eigenem Rechte, und durch Bindung an die Einwilligung des Mannes bei Verfügungen über die Substanz.

§ 1373. 1. Ullmann 40, auch A.bürgR. **22** 109, nimmt gegen seine frühere Auffassung (vgl. JDR. **1** Ziff. 2 c zu § 868 und Ziff. 1 b zu § 1373) an, daß die Frau mittelbare Besitzerin. Ebenso Dernburg 139.

2. Heinsheimer 90: Der Mann hat Dritten gegenüber vor der Besitznahme kein eigenes Besitzrecht, sondern klagt aus dem Besitzrechte der Frau. Durch die Besitznahme wird er Fremdbesitzer. Auch der Besitz der Frau, die nicht Eigentümerin, gehört als solcher zu ihrem Vermögen und untersteht dem Rechte des Mannes. Vgl. abweichend Ullmann 33, 40.

3. Der Ehemann kann Herausgabe des auf den Namen der Ehefrau lautenden Sparkassenbuchs von ihr verlangen, muß aber Abhebungen, die für Kosten des Ehestreits geschehen sind, anerkennen. OLG. Dresden, SächsA. **13** 584.

§§ 1374, 1394. Dernburg 138 nimmt an, daß die Ehefrau auf Auskunft vor der Beendigung des Verwaltungsrechts jedenfalls dann klagen kann, wenn eine Vertagung den Anspruch illusorisch machen würde. Vgl. Ullmann 275.

§ 1379. Gegen die Entscheidung des KG., JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1447 und Neumann 72 hält Ullmann 53 es nicht für nötig, daß das Rechtsgeschäft bis auf die Zustimmung abgeschlossen sei. Vgl. auch BayrObLG. unten Ziff. 1 zu § 1447.

§ 1380. Vindiziert ein Dritter eine Sache gegen die Ehefrau vor Eintritt des gesetzlichen Güterrechts, nimmt der Ehemann dann die streitige Sache in Besitz, so kann zwar der Dritte gegen die Frau als mittelbare Besitzerin den Prozeß fortsetzen, auch den Antrag auf Abtretung des Anspruchs der Ehefrau gegen den Ehemann auf Herausgabe stellen, beides ist wertlos. Zweckmäßig ist in solchem Falle nur Änderung des Antrags dahin, daß die Frau das Recht des Klägers anerkennt, und Kläger nun gegen den Mann klagt. Ullmann, A.bürgR. **22** 106 ff.

§ 1380. 1. Herr, Die Geltendmachung einer zum eingetragenen Gut gehörenden Forderung, Iherings J. **46** 229, weist die Unrichtigkeit der Ansicht von Endemann, daß Erfüllungsannahme keine Verfügung sei, aus der Entstehungsgeschichte nach.

2. Binder, Beitr. z. BGB. **1** 115 ff.: Der Ehemann bedarf zu den-

jenigen einzelnen prozessualen Handlungen, welche als Verfügung über eingebrachtes Gut sich darstellen, der Zustimmung der Ehefrau (127 ff.).

3. Der Klagantrag bei Geldforderungen wird im Falle des § 1380 formuliert a) Leistung an den Ehemann, Endemann; b) Leistung an die Ehefrau, Haas, Gruchots Beitr. **45** 30, Habicht-Schmidt, Binder a. a. O.; c) Leistung an beide Eheleute, Neumann, Lehmann, Leske; OLG. Breslau, SeuffA. **58** 191; d) Leistung an den Ehemann unter Zustimmung der Ehefrau; Meikel, Seuff.Bl. **65** 177, Neumann, Planck, Opet, Gaupp-Stein 150, Seuffert 79, Herr a. a. O.; e) Leistung an den Ehemann nach Beibringung der Einwilligung oder Leistung an den Ehemann, falls die Ehefrau die Zustimmung zur Einziehung gegeben hat. Hellwig, auch gebilligt von Herr.

4. Klagt der Ehemann eine fällige Forderung der Ehefrau gegen deren Widerspruch ein, so ist zu erkennen: a) nach OLG. Stuttgart, R. **03** 606, auf Abweisung der Klage; b) nach OLG. Marienwerder, R. **04** 170, auf Verurteilung zur Zahlung an den Ehemann unter Zuziehung der Ehefrau.

5. Herr a. a. O. schließt Antrag auf Hinterlegung aus; er gibt dem Ehemanne den eigenen Anspruch auf Verzugszinsen der eingeklagten Forderung.

6. Kiehl, Buschs Z. **30** 289, hält die Ehefrau für berechtigt und verpflichtet zum Eintritt in den Prozeß aus § 1380 nach Beendigung des Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts, weil die gleichen materiell-rechtlichen Gründe wie bei dem Wegfalle des Konkursverwalters, des Sequesters, des Testamentsvollstreckers den Eintritt bedingen. Vgl. dagegen Ullmann 77 ff. und JDR. **1** Ziff. 3 zu § 1380. (Fortsetzung durch den Mann nur wegen der Kosten).

7. Satz 2. Vgl. Zitatangabe bei Herr a. a. O. 263 darüber, ob die Zustimmung der Ehefrau zur Prozeßführung Einfluß auf die Wirksamkeit des Urteils für und gegen die Frau hat; die herrschende Meinung verneint die Frage.

§ 1381. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 1381: Der Ansicht von Thiele über Entstehung von Miteigentum stimmen zu: Binder, Beiträge **1** 146, Ullmann 102.

§ 1383. Die Renten der Ehefrau aus einem mit ihrem früheren Ehemanne nach § 1578 geschlossenen Abfindungsvertrage sind Eigentum des Ehemanns, er bedarf zu ihrer Einziehung nicht der Zustimmung der Ehefrau. OLG. **7** 401 (KG.).

§ 1386. Es besteht keine Verpflichtung des Ehemanns für die Unterhaltsverbindlichkeit seiner Frau gegenüber deren vorehelichen Kindern, wenn die Frau kein eingebrachtes Gut besitzt. BAH. **35** 60.

§§ 1387, 1416. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns im Ehescheidungsprozesse (vgl. vor allem JDR. **1** Ziff. I — V zu § 1387).

1. Die Ehefrau hat trotz Armenrechts Anspruch auf Kostenvorschuß. OLG. Hamburg, SeuffA. **58** 457, HansGerZ. **03** Beibl. 213; die Ehefrau hat gegen den im Armenrechte klagenden Ehemann keinen Anspruch. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 67, HansGerZ. **03** Beibl. 292 gegen die JDR. **1** Ziff. I zu 1387 Schlußabsatz zitierten Entscheidungen.

2. OLG. Naumburg verneint die Vorschußpflicht dann, wenn die Ehefrau genügend Mittel besitzt, um ohne Beeinträchtigung des Unterhalts zahlen zu können. NaumbAK. **02** 12.

3. Einstweilige Verfügung. a) Das Prozeßgericht ist zuständig nach § 940 ZPO. Wolff, R. **03** 77. b) Ullmann 191 hält § 940 für unanwendbar.

4. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns erlischt, wenn die Ehefrau zur Tragung der Kosten verurteilt ist. OLG. Hamburg, DJZ. **03** 36; BreslAK. **03** 16, 19. Abweichend PosMschr. **03** 60.

§ 1391. 1. Schlechte Verwaltung des eigenen Vermögens durch den Ehemann kann den Anspruch der Ehefrau auf Sicherheitsbestellung begründen. Dern-

burg 157 gegen Planck und OLG. Naumburg, SeuffA. **57** 148. Vgl. auch OLG. Kiel, SchleswHolst. Anz. **03** 131: Eine tatsächlich schädigende Handlung des Ehemanns ist nicht notwendig.

2. Arrest ist zulässig. **RG.**, Gruchots Beitr. **46** 655, Dernburg, anscheinend abweichend Planck Note 5.

§ 1395. 1. Kann die Ehefrau auf Grund einer Vollmacht des Ehemanns dessen nach § 1395 erforderliche Einwilligung erklären und wie? Huther, CBlFrG. **4** 182. Die Einwilligung muß stets der Ehefrau gegenüber erklärt werden, nicht dem Dritten. Daher läßt er die Erklärung nur dann zu, wenn das Verbot des Selbstkontrahierens in der Ausnahme des § 181 fortfällt, die Vollmacht also ausdrücklich die Erklärung der Einwilligung zum Gegenstande hat. Abweichend hält Dennler, CBlFrG. **4** 331, die Erklärung stets für zulässig. Näheres s. oben Ziff. 1 zu § 181.

2. Geschäftsverkehr des Bankiers mit Ehefrauen. Sontag, Bankarchiv **2** 136 ff.

Von den Geschäften der Ehefrauen bezüglich ihres eingebrachten Vermögens mit dem Bankier unterliegen folgende Akte der ehemännlichen Genehmigung:

a) Kauf, Verkauf, Lombardierung von Wertpapieren und Übergabe von Wertpapieren zur Konvertierung,
b) Abhebung von Bardepositen, Depots oder Asservaten, die die Frau hinterlegt hat,
c) Abhebung von Zinsen. Die fälligen Zinsen kann der Mann allein abheben,
d) Errichtung eines Kontokurrents und Verfügungen auf dem Kontokurrent,
e) Abhebung von Erbschaften, die nicht durch Testament als Vorbehaltsgut der Frau zugewiesen sind.

Das Mieten von Safes dagegen, auch die Übergabe von Talons zur Besorgung neuer Zinsscheine, ist kein Rechtsgeschäft, das der Genehmigung bedarf, und bei der Niederlegung von Depots durch die Frau darf der Bankier von einer Einwilligung des Ehemanns absehen, weil die Frau im wesentlichen nur Ansprüche gegen ihn erwirbt.

§§ 1395, 1398. 1. Löschungsbewilligung ist dann eine einwilligungsbedürftige Verfügung, wenn der Gläubiger an seine Erklärung nach §§ 875, 1168, 1183 gebunden ist. Gegen Neumann 85, der die Verfügungsnatur verneint, OLG **6** 207 (KG.), **7** 49, R. **03** 431. Die Einwilligung ist noch dann wirksam, wenn sie erklärt ist, bevor der Notar die Löschungsbewilligung dem Grundbuchrichter einreichte. KG. a. a. O., Dernburg 153 Note 4 gegen OLG. **4** 193 (KG.), Sachse, DJZ. **03** 25 (vgl. o. Ziff. 1 zu § 111 und Ziff. 1 und 3 zu § 183.).

Breit, DJZ. **03** 174, unterscheidet bei der Entpfändungserklärung, ob sie an das Grundbuchamt oder an den Eigentümer adressiert ist. Im ersteren Falle stimmt er den vorerwähnten Entscheidungen des KG. zu, im anderen Falle verlangt er Nachweis der vorherigen Zustimmung gegenüber der nach § 182 legitimierten Person durch beglaubigte Urkunde.

2. **RG.** Straff. **35** 402: Vermietung und Verpachtung ist keine Verfügung über das eingebrachte Gut, untersteht nicht dem § 1395, Dernburg 153.

§§ 1396, 1404. Vor der Genehmigung des Mannes erwirbt der Erwerber der von der Ehefrau veräußerten Illaten kein Eigentum. **RG. 54** 44, JW. **03** Beil. 52, SeuffA. **59** 69.

§ 1399. Über die Frage, ob der von einer Ehefrau angenommene Arzt von dem Ehemanne Ersatz verlangen kann s. JDR. **1** zu § 683 Note 3 und o. Ziff. 2 § 1357.

§ 1400. Abs. 2. 1. Für die Ansicht, daß Mangel der Zustimmung von Amts wegen zu prüfen ist außer den JDR. **1** Ziff. 3 zu § 1400 Abs. 2 Zitierten noch Eccius, Gruchots Beitr. **46** 169. Dagegen noch Ullmann 119, 122, Petersen-Anger, ZPO. I 149. Wieruszowski II 191 nimmt zwar auch an, daß die Zustimmung Teil der Klagebegründung sei, läßt aber trotzdem Versäumnisurteil zu, weil er die Existenz einer Vermutung für das gesetzliche Güterrecht leugnet.

2. Die Entscheidung ist weder gegen, noch für den Ehemann rechtswirksam. **RG.** JW. **04** 62, R. **04** 167.

§ 1404. 1. KG. SeuffA. **58** 144: Eintragungen über den Umfang des Verfügungsrechts im Grundbuche sind unzulässig.

2. § 1404 geht auch im Handelsverkehre dem § 366 HGB. vor, und zwar deshalb, weil das Verfügungsrecht des Ehemanns ein absolutes, kein die einzelne Sache belastendes ist. Ullmann 162, Heinsheimer 73 (vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 1404).

§§ 1405, 1411. Die Pflicht des Ehemanns zur Duldung der Vollstreckung (vgl. JDR. **1** zu §§ 739, 741 ZPO.).

1. du Chesne, SächsA. **13** 1 ff., hält die Duldungspflicht des Ehemanns für keine privatrechtliche, sondern eine öffentlich-rechtliche; der Ehemann weicht dem Vollstreckungsrechte des Staates. Das Urteil nach § 739 enthält nur eine Vollstreckungsklausel, eventuell sei die Klage wie ein Anspruch aus § 257 ZPO. zu behandeln. Folgerungen: a) Ehemann nicht eigentliche Partei, Eheleute keine notwendigen Streitgenossen, b) Ehemann hat keine Kosten zu tragen, wenn er anerkennt.

2. Nach Geib, A.zivPr. **94** 317 ff., ist die Klage aus § 739 eine Feststellungsklage. Nicht die Duldungspflicht des Ehemanns, sondern die Vollschuldqualität der Forderung wird festgestellt. Im Falle des § 741 bedarf der Gläubiger keiner Feststellungsklage, es wird aber dann auch die Vollschuldqualität nicht festgestellt, und die Verurteilung der Ehefrau ist rechtskräftig, auch dem Ehemanne gegenüber; letzterer hat aber immer den Einwand, daß eine Vollschuldqualität nicht existiert.

Die Feststellungsklage ist auch im Falle des § 741 zulässig, aber dann ist das Feststellungsinteresse nur ausnahmsweise gegeben, nämlich bei Anerkennung seitens des Ehemanns nur dann, wenn die Vollstreckung durch den Ehemann gefährdet werden kann.

Folgerungen:

a) Die Vollstreckung gegen den Ehemann bedarf stets der Klausel gegen ihn.

b) Ist die Duldungsklage durchgeführt, so kann der Ehemann aus § 766 ZPO. rügen, wird sie nicht erhoben, steht ihm § 771 zur Seite.

c) Die Duldungsklage erzeugt keine Offenbarungspflicht. Gegen Seuffert, ZPO. II 352 Jolly, A.zivPr. **93** 456, Hellwig, Anspruch 324.

d) Im Falle des § 741 führt die Anerkennung der Duldungspflicht, wenn das Feststellungsinteresse fehlt, zur Abweisung der Klage.

Die abweichenden Meinungen, daß im Falle des § 741 Vollstreckung gegen den Mann auch ohne Titel oder doch in das eingebrachte Gut zulässig sei (vgl. JDR. **1** Ziff. 5 zu § 1405 und zu § 1411, sowie OLG. **5** 329, JDR. **1** Ziff. II, 2 zu § 741 ZPO.), hält Geib für praktisch unanwendbar, weil ohne Titel nicht gegen den Mann gepfändet werden kann, andererseits die Erleichterung der Exekution den Gläubigern der Frau nichts nutzt.

3. Ullmann 224 ff.: Das Urteil auf Duldung, resp. das Vorhandensein eines konsentierten Erwerbsgeschäfts beseitigen die Bestimmung des § 750 ZPO.; und auch für die Bestimmungen der §§ 808, 809 bleibt dann kein Raum, wenn es feststeht, daß die Vollstreckung eingebrachtes Gut zum Gegenstande hat, weil im Falle des § 739 der Besitz des Mannes weichen und im Falle des § 741 die Wirkung des § 739 erreicht werden soll.

Folgerungen:

1. Erkennt der Ehemann die Qualität des Pfandobjekts als eingebrachtes Gut an, so kann in beiden Fällen gegen ihn vollstreckt werden; bestreitet er sie, in keinem Falle.

2. Duldungsklage enthält keine Offenbarungspflicht.

3. Schuldenhaftung.

§ 1411. Quaatz, Konkurs über das Vermögen der in gesetzlichem Güterrechte lebenden Ehefrau, AbürgR. **24** 30. 1. Wenn nur Vollgläubiger konkurieren, weicht der Mann der Vollstreckung durch den Verwalter. Der Ehemann hat es in der Hand, alle Gläubiger zu Vollgläubigern dadurch zu machen, daß er seinen Widerspruch gegen die Vollstreckung in das eingebrachte Gut aufgibt.

2. Wenn nur Vorbehaltsgläubiger vorhanden sind, gehört das Eingebrachte an sich zwar zur Konkursmasse, kommt aber nicht zur Verteilung. Den Mann trifft die Beweislast dafür, daß nur Vorbehaltsgläubiger vorhanden sind.

3. Bei Konkurrenz von Vollgläubigern und Vorbehaltsgläubigern sind 2 Aktivmassen und 2 Schuldenmassen zu sondern, und der Verwalter wird von jedem Vollgläubiger verlangen können, daß er einen Titel gegen den Mann auf Duldung der Vollstreckung in das eingebrachte Gut beibringt. Tut er es nicht, so kann auch der Mann durch Feststellungsklage gegen den Gläubiger diesen Streit betreiben, während der Verwalter in den Prozeß zwischen Gläubiger und Ehemann niemals eintreten kann. Für die Beweislast in dem Prozesse zwischen Ehemann und Gläubiger sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Anspruch aus einem Rechtsgeschäfte der Ehefrau. Der Ehemann hat zu beweisen, daß das Geschäft nach Eintritt der Verwaltungsgemeinschaft vorgenommen ist. Der Gläubiger hat den Beweis für die Zustimmung des Mannes oder die Wirksamkeit ohne Zustimmung zu erbringen.

b) Anspruch aus einem Rechtsgeschäfte der Erwerbsfrau. Der Ehemann hat den Widerspruch und dessen Eintragung in das Güterrechtsregister nachzuweisen.

c) Anspruch aus Erbschaftserwerb oder Vermächtniserwerb. Der Ehemann hat den Erwerb nach Eingehung der Ehe und Bestimmung zum Vorbehaltsgute zu beweisen.

d) Anspruch aus einer Verbindlichkeit, die dem § 1414 Satz 1 untersteht. Der Ehemann hat zu beweisen, daß das betreffende Recht oder die betreffende Sache nach Eingehung der Ehe Vorbehaltsgut geworden ist.

Die Verteilung geschieht durch Teilung des eingebrachten Gutes unter die Vollgläubiger und Verteilung des Vorbehaltsguts unter alle Gläubiger, wobei die Vollgläubiger nur mit ihrem Ausfalle konkurrieren.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. 1. Nr. 1 setzt Anspruch auf Sicherheitsleistung nach BGB. voraus. **RG.** JW. **03** Beil. 25.

2. Aufhebung der Verwaltung des Ehemanns durch einstweilige Verfügung gibt der Frau nicht vollständige Verfügungsfreiheit, nur provisorische Befugnis zu Handlungen, die im ordnungsmäßigen Geschäftsgang Erhaltung des Eingebrachten bezwecken. OLG. **8** 150 (KG.).

§ 1419. Die in der Zeit zwischen Eröffnung und Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses erworbenen pfändbaren Früchte fallen nicht in die Masse. Leske 723, Neumann, Opet, Schmidt, Ullmann 293 gegen Kuhlenbeck, Planck. Enneccerus-Lehmann.

§ 1422. 1. Von Rechtshängigkeit der Klage aus § 1418 ab stehen der Ehefrau die Früchte zu. Leske 725, Endemann 755, Schmidt, Staudinger, Planck, Opet, Cosack; abweichend Matthiaß 276, Neumann.

2. Die Vorschrift ist unanwendbar auf den Fall der Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Opet, Note 3 gegen Ullmann 299.

§ 1424. Die Anwendbarkeit des § 1424 Abs. 1 im Falle der Scheidung ist ausgeschlossen, weil ein Fall, in dem der Ehemann die Scheidung der Ehe nicht kennen muß, undenkbar ist. Ullmann a. a. O. gegen Opet Note 1.

5. Gütertrennung.

§ 1426. Die Fassung der Eintragung wird vom Gerichte nach seinem Ermessen bestimmt. Haben die Eheleute vereinbart, alles gegenwärtige und zukünftige Gut der Frau soll Vorbehaltsgut sein, so bezeichnet das Gericht das zutreffend mit Gütertrennung. BayrObLG., DJZ. **03** 131.

§ 1427. 1. Der Ehemann ist nicht vorschußpflichtig. OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 111 (vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1427).

2. Die Beitragspflicht der Ehefrau kann durch Ehevertrag ausgeschlossen werden. Planck zu § 1427 und § 1432, Opet Note 5, Kuhlenbeck, LG. Gnesen, PosMschr. **03** 170, Bollenbeck, R. **04** 37. Abweichend erklärt dies für unzulässig Dernburg 170, weil ein solcher Verzicht des Mannes dem Wesen der Ehe widerspreche.

§ 1430. Für die Ansicht, daß der Ehemann die eingezogenen Einkünfte behalten kann, noch Matthiaß 280, Habicht-Schmidt, Planck; für die entgegengesetzte Ansicht noch Staudinger; vgl. auch Ullmann 307 (vgl. JDR. **1** zu § 1430).

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. Die Frage, ob die Existenz des gesetzlichen Güterstandes vermutet wird, bejahen Eccius, Gruchots Beitr. **46** 170, Hellwig, Anspr. 314, Opet; sie verneinen Ullmann 121 ff., Wieruszowski 187.

2. Zulässigkeit gemischter Güterstände. Bollenbeck, R. **04** 32.

I. Die Vertragsfreiheit findet ihre Schranken nur a) in den allgemeinen Grundsätzen des BGB. §§ 134, 138, 310, 312; b) in dem Prinzip, daß ein Verzicht auf die Geschäftsfähigkeit unzulässig.

Deshalb ist die Vereinbarung, daß der gesamte Erwerb eines Ehegatten Vermögen des anderen werde, nichtig, andererseits die Beschränkung der Verfügungsbefugnis gültig.

II. Die Ansicht von Planck 192, Eheverträge müßten mit dem Wesen des unter den Eheleuten festgesetzten konkreten Güterstandes vereinbar sein, wird von Bollenbeck als zu weitgehend bekämpft. Er gestattet den Ehegatten, einen neuen Güterstand rechtsschöpferisch zu finden und Mischformen zu bilden, falls diese sich nur innerhalb des Rahmens halten, den die zugelassenen Güterstände in ihrer Gesamtheit bilden.

Beispiele solcher Mischungen.

1. Gesetzliches Güterrecht mit Gütertrennung für das bei Eingehung der Ehe vorhandene unbewegliche, und mit Gütergemeinschaft für das bei Eingehung

der Ehe vorhandene bewegliche Gut. Dagegen OLG. Colmar, Elſ. Lothr. NotZ. **23** 275.

2. Allgemeine Gütergemeinſchaft mit Vorbehaltsqualität des unbeweglichen Vermögens.

3. Errungenſchaftsgemeinſchaft mit Gütertrennung für das eingebrachte Gut.

4. Geſetzliches Güterrecht mit der Vereinbarung, daß aller künftiger Erwerb der Ehefrau, auch der aus Erbſchaft, Vorbehaltsgut ſei.

5. Beſchränkung der Verfügungsbefugnis der Ehefrau bezüglich des Vorbehaltsguts oder Ausſchließung allein der Nutznießung des Ehemannes gegen OLG. **1** 457 (KG.).

Für unwirkſam erklärt dagegen Bollenbeck

a) die Abrede, daß der Erwerb der Ehefrau der nach §§ 1369, 1440 Vorbehaltsgut, eingebrachtes Gut werden ſoll, oder daß die Ehefrau ihn zum eingebrachten Gute umſchaffen ſoll;

b) die Gewährung einer unbeſchränkten Verfügungsbefugnis an den Ehemann. Dieſe Beſtimmung enthält, ſoweit die Befugnis die geſetzlichen Schranken überſchreitet, lediglich eine widerrufliche Vollmacht.

6. Vereinbarungen über die perſönlichen und familienrechtlichen Angelegenheiten der Ehegatten, ſowie die vermögensrechtlichen Verträge, welche den Güterſtand der Ehegatten als ſolchen nicht ändern, gehören nicht in den Ehevertrag. BayrObLG., R. **03** 456.

2. Allgemeine Gütergemeinſchaft.

§ 1438. Vgl. IDR. **1** Note 2 zu § 1438. Erſteht der Ehegatte ein Grundſtück in ſeinem Namen, ſo kann er doch Eintragung als Geſamtgut verlangen. Colmar, CBlFrG. **4** 94, ElſLothrNotZ. **23** 269.

§ 1443. Mitgiftforderung kann der Ehemann auch gegen den Widerſpruch der Ehefrau allein einklagen. Königsberg, PoſMſchr. **03** 76.

§§ 1444—1446. 1. Die Anſprüche, über die der Ehemann nur mit Zuſtimmung der Ehefrau verfügen darf, kann er auch nur mit ihrer Zuſtimmung einklagen. RG. JW. **03** 18.

2. Bei allen Verfügungen des Ehemanns über Hypotheken, Grundſchulden und Rentenſchulden kann der Grundbuchrichter feſtſtellen, ob ausnahmsweiſe ſeine Verfügungsbefugnis ausgeſchloſſen iſt, und Vorlegung des Kauſalgeſchäfts verlangen. Meikel, BayrNotZ. **03** 112.

3. Der Grundbuchrichter hat beim Verkauf eines Grundſtücks von Amts wegen die Verfügungsbefugnis und Güterrecht des Verkäufers zu prüfen. OLG. Karlsruhe, CBlFrG. **4** 507, OLG. 8 305; OLG. 8 304 (KG.).

§ 1445. 1. Über die Frage, ob der Ehemann, der ein Grundſtück für das Geſamtgut erwirbt, zur Eintragung der im Kaufvertrag bewilligten Reſtkaufhypothek der Zuſtimmung der Ehefrau bedarf, vgl. beſonders IDR. **1** Ziff. 1 zu § 1445. Wie das KG. verneinen das Erfordernis der Zuſtimmung der Ehefrau zur Beſtellung der Kaufgeldhypothek Dernburg 187, Scherer, CBlFrG. **3** 828, Straßburg, ElſLothrJZ. **27** 575, LG. Mainz, HeſſRſpr. **3** 133, LG. Colmar, ElſLothrNotZ. **23** 86.

Strübe, BadRpr. **02** 341, verlangt nur zum dinglichen, nicht zum obligatoriſchen Vertrage die Zuſtimmung.

Wie das BayrObLG. bejahen: Oberneck, DNZ. **02** 291, Staudinger 316, OLG. Karlsruhe **6** 661, BayrObLG., R. **03** 431 (Nr. 2284; vgl. daſelbſt auch Nr. 2285; Beſtellung eines Nießbrauchs für den Verkäufer).

2. Zuſicherung einer Eigenſchaft beim Grundſtücksverkaufe.

a) Der Mann bedarf der Zuſtimmung der Ehefrau bezüglich der Zuſiche-

rung der Größe, wenn diese Abrede das Gesamtgut nach § 468 BGB. haftbar machen soll. RG. JW. **03** Beil. 125, CBlFrG. **4** 492 (vgl. o. zu § 468).

b) Der Ehemann bedarf der Zustimmung der Ehefrau nur bezüglich derjenigen Abreden, welche einen Erfüllungsanspruch erzeugen. Für die Zusicherung von Eigenschaften eines Grundstücks, aus der ein Anspruch auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz nach § 463 entspringt, bedarf es der Zustimmung der Ehefrau nicht, weil diese Ansprüche lediglich aus dem Grunde des Irrtums des Käufers im Motiv erwachsen. Zelter, PosMschr. **03** 165 ff.

§ 1446. RG. **54** 285, CBlFrG. **4** 336: Der Ehemann kann durch Übernahme einer Bürgschaft für einen Dritten beliebig hoch das Gesamtgut verpflichten, wenn die Bürgschaft selbst nicht nach Lage des Falles als Schenkung anzusehen ist.

§ 1447. 1. Der Vormundschaftsrichter kann auch die Zustimmung zu einem erst abzuschließenden Rechtsgeschäft ersetzen, wenn alle Einzelbestimmungen angegeben werden. BayrObLG., SeuffA. **58** 107, OLG. **6** 280, RJA. **3** 170, KGJ. **25** A 325. Vgl. abweichend KG., JDR. **1** Note 1 zu § 1447.

2. Bei Verweigerung der Genehmigung seitens der Ehefrau hat der Erwerber nur einen Anspruch darauf, daß der Ehemann gegen die Ehefrau klagt; zu mehr kann der Ehemann nicht gezwungen werden. Dagegen hat der Erwerber stets einen Interesseanspruch nach § 893 ZPO. OLG. Darmstadt, CBlFrG. **4** 272, HessRspr. **4** 82.

§ 1450. Die Entscheidung des BayrObLG., JDR. **1** Note 2, jetzt auch SeuffA. **58** 155.

§ 1452. Gildemeister, Goldschmidts Z. **54** 97 ff.: Offene Handelsgesellschaft zwischen Eheleuten beim Vorliegen der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Resultate:

1. Die offene Handelsgesellschaft entsteht zwischen Eheleuten erst dann, wenn die Ehegatten unter gesellschaftlichem Betrieb eines Vollkaufmannsgewerbes eine gemeinschaftliche Firma annehmen.

2. Eintritt infolge Erbganges:

a) Vererbung auf einen Ehegatten, wenn der Erblasser mit dem anderen in Gesellschaft sich befand.

b) Vererbung auf beide Ehegatten.

3. Verhältnis des Gesamtguts zum Gesellschaftsvermögen:

a) Das ganze Gesamtgut, auch das zukünftige, wird in die Gesellschaft eingebracht.

Der Gesellschaftsvertrag muß die Einbringung des Gesamtguts überhaupt enthalten; dann wird vermutet, daß auch das zukünftige Gesamtgut eingebracht gilt. Dies ist zulässig trotz § 310 BGB. Abweichend Goldmann, HGB. § 130 Note 6. § 111 HGB. findet keine Anwendung, § 110 nur bei Verwendung von Vorbehaltsgut, §§ 112, 113 nur gegenüber dem mit Vorbehaltsgut betriebenen Konkurrenzgewerbe des Ehegatten. Auf die Gewinnverteilung finden §§ 120 bis 122 keine Anwendung.

b) Nur beiderseitiges Vorbehaltsgut wird eingebracht. Erwerb wird an sich Vorbehaltsgut, falls aber nach dem Ehevertrag Erwerb Gesamtgut ist, sind die Grenzen, wie folgt, zu bestimmen:

Der Gewinn nach § 120 HGB. ist Erwerb im Sinne des § 1367. Die Zuschreibung auf das Kapitalkonto schafft noch keinen Erwerb, sondern der Erwerb tritt erst ein bei der Auseinandersetzung. Die Entnahme von 4 % (§ 122) ist (gegen Ullmann, JW. **02** 53 bei JDR. **1** zu §§ 1367—1405 Note 6) kein Erwerb, sondern Surrogat des Vorbehaltsguts.

c) Teile des Gesamtguts werden eingebracht. Dies ist möglich unter konkreter Abgrenzung und kann zum Sonderkonkurs über diese Teile des Gesamtguts führen.

d) Vorbehaltsgut und Gesamtgut wird zu einem Vermögen verschmolzen eingebracht.

Dies ist keine Verwendung im Sinne des § 1466. Der Anteil des Gesellschaftsvermögens, der aus dem Vorbehaltsgut herrührt, und der diesem Gesellschaftsanteil entsprechende Gewinn wird Vorbehaltsgut.

4. Einfluß des Widerrufs des selbständigen Geschäftsbetriebs durch den Ehemann auf das Gesellschaftsverhältnis:

a) Auf das Widerrufsrecht kann der Ehemann verzichten. Vgl. JDR. **1** §§ 1367, 1405 Note 1.

b) Der Widerruf bleibt dem Gesellschaftsvertrage gegenüber unwirksam, weil das Recht aus diesem Vertrage nicht widerrufen werden kann.

c) Dagegen beseitigt der Widerruf das Recht der Ehefrau zu dinglichen Verfügungen über das Gesamtgut, welches ihr aus § 1405 erwachsen ist. Dies Recht gründet sich nicht auf § 1450 (wie Schefold, vgl. JDR. **1** § 1452, Note 3) nicht auf eine Verwaltungshandlung des Mannes (wie Staub 30 annimmt), sondern auf eine Vollmacht, die durch den Widerruf erlischt. Andererseits kann die Ehefrau weiter als Gesellschafterin trotz des Widerspruchs über dasjenige Gesellschaftsvermögen dinglich verfügen, das nicht Bestandteil des Gesamtguts ist.

d) Gesamtgut ist aber nur der dem Gatten als Gesellschafter zustehende Kapitalanteil, die Bestandteile selbst sind Bestandteil des Gesellschaftsvermögens, und daher kann die Ehefrau also auch über letztere dinglich verfügen.

§ 1459 (§§ 740, 741 ZPO.). 1. Wenn die Ehefrau die Gütergemeinschaft bestreitet, kann auf Duldung der Vollstreckung gegen sie geklagt werden. OLG. **7** 303 (Posen). Vgl. auch OLG. **6** 413 (KG.).

2. Über die Frage der Vollstreckung in das Gesamtgut vgl. JDR. **1** Note 2 zu § 1459 BGB. und Note I 2 zu § 740 der CPO.

Auch Ullmann, Güterrecht 228, 235, läßt §§ 808, 809 dem § 740 ZPO. vorgehen. Vgl. auch Planck 220.

3. Bei konsentiertem Erwerbsgeschäfte kann aus dem Titel gegen die Ehefrau nicht in Gesamtgut, welches in Gewahrsam des Ehemanns sich befindet, vollstreckt werden. Auch hier muß der Anspruch gegen den Ehemann gepfändet werden. Ullmann 236 ff.

4. § 850 Abs. 4 ZPO. findet keine Anwendung auf unpfändbare Forderungen des Ehemanns, falls eine Vollstreckung aus einer Alimentationsverbindlichkeit der Ehefrau gegen ihn erfolgt. OLG. **6** 421 (Hamburg), R. **03** 132.

§ 1465. Ausstattung aus dem Gesamtgute durch den Ehemann an sein Kind erster Ehe fällt ihm soweit nicht zur Last, als dies Kind Anspruch aus seinem Muttergute hatte, weil dieser Anspruch Gesamtgutsschuld geworden ist. Kohler, WürttCFrG. **45** 69.

§ 1467. Der Ehemann kann die Ehefrau auf Zahlung des von ihr fortgenommenen Geldes nur dann verklagen, wenn sie Vorbehaltsgut besitzt. OLG. **7** 404 (Hamburg).

§ 1468. 1. Gegensatz zwischen Nr. 1 und 3 einerseits und Nr. 4 und 5 andererseits. Im Falle der Nr. 4 und 5 muß die Gefahr schon gegenwärtig sein, die beiden erstgenannten Fälle verlangen nur eine mögliche Gefahr, Gefahr der Gefahr. Rotering, A.bürgR. **22** 21.

2. Die Ehefrau braucht nicht vor der Klage vertragsmäßige Regelung anbieten, um den Ehemann, wenn er anerkennt, kostenpflichtig zu machen. OLG. Posen, SeuffA. **58** 354.

§ 1471. Der unschuldige Ehegatte hat einen Anspruch auf Inventarisierung des Gesamtguts. OLG. 6 162 (Hamburg).

§ 1472. Der gütergemeinschaftliche Ehemann hat auch nach Auflösung der Ehe bis zur Auseinandersetzung die Zwangsvollstreckung wegen Kosten in das Gesamtgut zu dulden. OLG. 7 55 (Posen).

§ 1477. Die Befugnis aus Abs. 2 findet keine Anwendung auf Grundstücke, die der Ehegatte selbst von seinem eingebrachten Barvermögen angeschafft hat. Die Befugnis zessiert gegenüber dem Rechte des anderen Gatten auf Versteigerung. OLG. 7 405 (Hamburg), HansGerZ. 03 255.

§ 1478. Das Wahlrecht darf bis zur Beendigung der Teilung ausgeübt werden. OLG. 6 280 (Hamburg), HansGerZ. 03 Beibl. 119.

§ 1480. 1. Die Aufhebung der Gütergemeinschaft ist seitens älterer Gläubiger nicht anfechtbar. OLG. 6 281 (Königsberg).

2. Mit der Eintragung der Aufhebung in das Güterrechtsregister erlischt der Alimentationsanspruch der Mutter der Ehefrau gegen den Ehemann. Bestand ein rechtskräftiges Urteil gegen den Ehemann, so hat er die Klage auf Grund des § 767 ZPO. für die Zeit seit der Eintragung. OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 Beibl. 209.

§§ 1482, 1508. Der Ehevertrag, der bestimmt, daß der Überlebende sich sofort mit den Abkömmlingen auseinanderzusetzen habe, schließt die Fortsetzung der Gütergemeinschaft aus. BayrObLG., R. 03 606.

§§ 1483 ff. 1. Der Gütergenosse in fortgesetzter Gütergemeinschaft kann über seinen Anteil nicht verfügen. Auch der obligatorische Vertrag ist nichtig. RG. JW. 03 Beil. 26.

2. Zwangsvollstreckung in die fortgesetzte Gütergemeinschaft. In Grundstücke, welche auf den Namen der beiden Ehegatten eingetragen stehen, kann trotz § 17 ZVG. eine Zwangsversteigerung auf Grund Titels gegen den Überlebenden in fortgesetzter Gütergemeinschaft nicht erfolgen. OLG. 5 291, 6 11 (Hamburg); Dernburg 198.

3. Der überlebende Ehegatte in fortgesetzter Gütergemeinschaft ist zur Inventarisation der Masse den Gütergenossen nicht verpflichtet. OLG. Stettin, PosMschr. 03 188.

§ 1487. 1. Meikel, SeuffBl. 67 470: Der Anteil des Abkömmlings an der fortgesetzten Gütergemeinschaft bildet keinen selbständigen Vermögensbestandteil und unterliegt deshalb nicht dem Güterrechte der Abkömmlingsehe.

Es bedarf deshalb, wenn die Zustimmung des Abkömmlings gefordert wird, niemals der Zustimmung seines Ehegatten.

2. Weißbart, SeuffBl. 68 349 ff.: Der Anteil des Abkömmlings untersteht in dessen Ehe dem § 1439. Der Abkömmling ist als gütergemeinschaftlicher Ehemann nicht durch die Ehefrau beschränkt. Falls die Ehefrau Abkömmling, so verwaltet der Ehemann den Anteil nach gesetzlichem Güterrechte. Ebenso BayrObLG., R. 04 193. Für alle Fälle, in denen eine Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann, ist eine Ersetzung aller Erklärungen möglich, die zur Wirksamkeit der Zustimmung erforderlich sind.

§ 1495. Weder Entmündigung des Parens wegen Geisteskrankheit, Trunksucht, noch Abwesenheitspflegschaft, noch Verschollenheit, noch Verminderung des Gesamtguts durch grobes Verschulden, noch Zuchthausstrafen oder Verlust bürgerlicher Ehrenrechte berühren die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Dernburg 203 f.

§ 1507. 1. Posener, Zeugnis über fortgesetzte Gütergemeinschaft, Hirths Ann. 03 317. Reinsch, Erbschein bei Gütergemeinschaft, DJZ. 02 391.

2. Das Zeugnis ist auch für altrechtliche fortgesetzte Gütergemeinschaft zu erteilen, auch nachdem ein Abkömmling verstorben ist. OLG. 7 56 (KG.).

3. Angabe ideeller Anteile ist ausgeschlossen. OLG. 6 319 (KG.).

§ 1508, 1511, 1516, 1518. Testamente der Ehegatten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft.

Literatur: Hachenburg, Wäntig, Letztwillige Verfügungen über das Recht eines Abkömmlings an der fortgesetzten Gütergemeinschaft, DNotVZ. **03** 40, 160 ff. — Bollenbeck, Die Ausschließung der Abkömmlinge, ebendaselbst 560 ff. — Zelter, Testamente gütergemeinschaftlicher Ehegatten in beerbter Ehe, JW. **04** 250 ff.

1. a) Der Auffassung, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch wechselseitiges Testament beseitigt werde, wenn dasselbe die Ausschließung sämtlicher Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft implicite enthalte (vgl. OLG. Stettin und KG., JDR. **1** §§ 1509 ff. Note 2), treten bei Dernburg 198; Götte, DJZ. **03** 52; Opet.

b) Hachenburg und Bollenbeck nehmen dagegen an, daß die Ausschließung sämtlicher Abkömmlinge durch Testament zulässig sei, daß daraus aber noch nicht eine Beseitigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft und eine Beerbung des Verstorbenen nach § 1482 folge. Sie lassen vielmehr die fortgesetzte Gütergemeinschaft mit dem Tode eintreten und durch Konzentration in der Person des einzigen Teilhabers des überlebenden Ehegatten endigen. Es fällt deshalb das Gesamtgut auch trotz eines Testaments, das nach § 1518 unwirksam ist, dem Überlebenden zu, jedoch kann der Überlebende durch Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft dem Testamente Wirksamkeit verleihen.

c) Zelter läßt nur dann eine Ausschließung des Abkömmlings zu, wenn die Eltern an sich die Fortsetzung der Gütergemeinschaft wollen, nicht aber, wenn sie die Fortsetzung ausschließen, und hält das wechselseitige Testament, soweit es über die Ausschließung der Abkömmlinge hinaus Erbeseinsetzungen usw. anordnet, nach § 1518 für nichtig. Für den Fall, daß die Ehegatten alle Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen haben, nimmt er wie Bollenbeck Beendigung der eintretenden fortgesetzten Gütergemeinschaft durch Konzentration an; lehnt der Überlebende die Fortsetzung ab, so läßt Zelter nicht das Testament wirksam werden, sondern gesetzliche Erbfolge nach § 1482 eintreten.

2. Der Anspruch des Dritten, welchem nach § 1514 der dem Abkömmling entzogene Betrag zugewandt wird, richtet sich nach Hachenburg gegen den geschädigten Abkömmling, nach Wäntig gegen die anderen, nur dann gegen den geschädigten Abkömmling, wenn der Testator dem Abkömmling die Verpflichtung auferlegt, an den Dritten zu leisten; nach Zelter sind der Überlebende resp. seine Rechtsnachfolger und die anderen Abkömmlinge als Vertreter des Gesamtguts passiv legitimiert. Der entzogene Betrag kann auch als Quote des Anteils und als Quote des Gesamtguts rechnerisch bezeichnet werden (Wäntig a. a. O., Zelter a. a. O.), nach Planck nur als Geldbetrag.

3. Das Anteilsrecht selbst und die mit ihm verknüpften Befugnisse während der Dauer der Gemeinschaft können durch Verfügungen nach §§ 1512, 1513 weder entzogen, noch geschmälert werden. Wäntig a. a. O.

4. Hachenburg und Wäntig nehmen an, daß andere Beschränkungen als die in den §§ 1512—1515 bezeichneten dadurch erreicht werden können, daß der Erstversterbende die Herabsetzung und Entziehung bedingt anordnet, für den Fall, daß der Abkömmling sich solchen Beschränkungen nicht unterwirft. Als solche zulässigen Institutionen führt Wäntig an:

a) Einsetzung eines Verwalters für den ganzen Abkömmlingsanteil,
b) andere Teilungsanordnungen,
c) Herausschiebung der Teilung,
d) Schließung eines unwiderruflichen Erbvertrags über den Abkömmlingsanteil.

Zelter bestreitet die Zulässigkeit dieser Bedingungen, weil sie mit § 1518 unvereinbar sind, die Rechte der Abkömmlinge und des Überlebenden überhaupt nicht der Disposition des Erstversterbenden unterliegen.

5. Ausschluß eines Abkömmlings nach § 1511.

a) Den Anteil des Ausgeschlossenen kann der Erblasser keinem anderen zuwenden. Zelter a. a. O. gegen Opet Note 5b.

b) Die Ausschließung wirkt nicht gegen die Deszendenten des Ausgeschlossenen. Opet, Zelter gegen Staudinger, sie treten in die fortgesetzte Gütergemeinschaft ein, doch müssen sie sich nach Zelter den dem Ausgeschlossenen zufallenden Betrag anrechnen lassen, weil sie diejenigen sind, denen die Ausschließung zugute kommt.

c) Schließt der Testator auch die Deszendenten aus, so verlieren sie in analoger Anwendung des § 2309 den Anspruch aus § 1511 Abs. 2. Zelter gegen Opet.

d) Die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft seitens des Überlebenden beseitigt die Ausschließung des Abkömmlings und alle nach § 1516 gegebenen Testamente. Zelter a. a. O.

6. Testament, das der Überlebende in fortgesetzter Gütergemeinschaft über das Gesamtgut errichtet hat, ist wirksam bezüglich seines Nachlasses, d. h. der Hälfte der Masse. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 181.

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1519. 1. Vertragliche Konstituierung einzelner Gegenstände des eingebrachten Gutes zum Gesamtgut ist zulässig, jedoch findet § 1438 Abs. 2 auf das vertragliche Gesamtgut keine Anwendung. Bei Grundstücken, die einem Ehegatten vor Eingehung der Ehe geschenkt werden, muß daher Auflassung hinzutreten. OLG. **7** 55 (Colmar), Elf. Lothr. NotZ. **23** 119 Vgl. zu § 1432.

2. Der Ehemann, welcher allein ein Grundstück erwirbt, kann die Eintragung auf seinen Namen allein im Grundbuche verlangen. LG. Trier, RheinNotZ. **03** 94 gegen OLG. Colmar, JDR. **1** § 1438 2d.

§ 1521. 1. Erwerb durch Schenkung.

a) Die Zuwendung unter der Bedingung, daß die Schenkung nicht eingebrachtes Gut, sondern Gesamtgut oder Vorbehaltsgut, ist in Form eines Ehevertrags zulässig. Opet gegen Schröder 77.

b) Gegen Feisenberger, JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1521 vgl. Opet Note 1c.

c) Hochzeitsgeschenke sind nach Planck Gesamtgut, nach Kohler, Eherecht 186, stets eingebrachtes Gut, nach Opet, abgesehen von einer ausdrücklichen Bedingung, auch eingebrachtes Gut.

2. Aussteuer der Tochter.

Die Aussteuer der Tochter nach § 1620 fällt nicht unter den Begriff der Ausstattung und wird, soweit sie nicht nach § 1526 Vorbehaltsgut ist, Gesamtgut. So Opet Note 1d, abweichend von den Kommentaren.

3. Erwerb des Ehemanns aus Gewerbebetrieb mit dem Vorbehaltsgute der Ehefrau ist Gesamtgut. OLG. Karlsruhe, R. **04** 194.

§ 1547. Die Frau kann schon während des Konkurses klagen. Leske 770; Planck; Jäger, KO. 29; Opet gegen Staudinger; Endemann 808; Ossenstädter, BayrNotZ. **01** 211.

4. Fahrnisgemeinschaft.

§ 1549. Vorschußpflicht des Ehemanns in Prozessen der Ehefrau. LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 236.

§ 1551. Diese Bestimmung findet nur Anwendung, wenn der Ehegatte Alleinerbe ist. Ist er Miterbe, so ist weder der Bestand der ungeteilten Erbschaft noch das Ergebnis der Teilung für die Qualität des Gutes maßgebend. Der Erbschaftsanteil gehört zum Gesamtgut und ebenso alles, was der Ehegatte aus der Auseinandersetzung erhält, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 1553 Abs. 3 Satz 2 vorliegen. Meikel, Ererbtes eingebrachtes Gut bei Fahrnisgemeinschaft. SeuffBl. **68** 294ff. gegen Planck, Staudinger.

III. Güterrechtsregister.

§ 1558. Der Ansicht des KG., daß der Ehevertrag erst nach Schließung der Ehe in das Güterrechtsregister eingetragen werden kann, treten bei: Dernburg 179, Opet, Cohn, Verfahren in Vereins-, Muster-, Güterrechtsregistersachen 434 (vgl. JDR. **1** zu § 1558).

Der entgegengesetzten Ansicht noch Scherer, das erste Jahr des BGB. 121.

§§ 1560, 1561. Vertretungsmacht des Notars, der den Ehevertrag beurkundet hat. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu §§ 1560. 1561.

1. Opet Note 4 zu § 1561 verlangt besondere Vollmacht für den Notar, weil § 129 auf das Güterrechtsregister keine Anwendung findet.

2. Dernburg und Planck halten den Notar für ermächtigt, wenn der von ihm beurkundete Vertrag den Antrag auf Eintragung enthält.

3. OLG. **6** 286 (KG.) verlangt, daß der Notar entweder den Ehevertrag und den Eintragungsantrag eines Ehegatten, oder den Eintragungsantrag beider Ehegatten beurkundet hat.

§ 1561. Eintragung der einstweiligen Verfügungen, durch welche Verwaltung und Nießbrauch entzogen werden, in das Güterrechtsregister. Vgl. JDR. **1** zu § 1561.

RG. CBlFrG. **3** 453 läßt die Zulässigkeit dahingestellt. Für die Zulässigkeit noch Neumann, auch OLG. **7** 102 (Dresden), SeuffA. **57** 365.

Gegen die Zulässigkeit Opet Note 3.

Siebenter Titel.
Scheidung der Ehe.

Vorbemerkung: Größere selbständige Schriften sind auf dem Gebiete des Scheidungsrechts aus dem Berichtsjahre nicht zu verzeichnen; mit interessanten Einzelfragen befassen sich der Aufsatz von Eichhorn, Bösliche Verlassung, und die beiden auf entgegengesetztem Standpunkte stehenden Arbeiten von Seckel und Olshausen über die Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Als Mediziner würdigt Bresler Urteile des Reichsgerichts und verschiedener Oberlandesgerichte über Ehescheidung wegen Geisteskrankheit und Trunksucht. — Die Praxis hat sich — abgesehen vom Ehebruch (§ 1565) — am häufigsten mit dem § 1568 zu beschäftigen und sieht sich hier vor die höchst verantwortungsvolle Aufgabe gestellt, entweder durch eine weitgehende Anwendung des § 1568 verschiedene vom BGB. beseitigte Ehescheidungsgründe des früheren Rechtes auf einem Umwege dennoch zu berücksichtigen oder bei strikter Auslegung des Gesetzes die Scheidungsmöglichkeit den Parteien in vielen Fällen zu versagen.

§ 1564. Hellwig, DJZ. **03** 284ff.: Das Mittel zur Geltendmachung der in der Revisionsinstanz stattgefundenen Aussöhnung der Ehegatten ist die rechtzeitige Erhebung der Widerspruchsklage aus § 767 ZPO. Die Aufhebung des Scheidungsrechts begründet „eine Einwendung, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft"; Anspruch ist hier in dem prozessualen Sinne einer zwecks gerichtlicher Verfolgung aufgestellten Rechtsbehauptung zu nehmen; er ist das behauptete Scheidungsrecht, auf dessen Realisierung geklagt ist. Die

Klage ist bei dem Prozeßgericht I. Instanz anzustellen und darauf zu achten, daß die Vollstreckung des Scheidungsurteils „für unzulässig erklärt werde" (§ 775 ZPO.). Die Widerspruchsklage muß vor der Rechtskraft erhoben werden, sie ist statthaft, obgleich die Revision möglich oder schon eingelegt ist.

§ 1565. 1. Dernburg, BR. IV 79 Anm. 6 führt aus: Zum Ehebruch ist Zurechnungsfähigkeit erforderlich. Eine Handlung, die im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit vorgenommen wird, ist ebensowenig ein Ehebruch wie eine in hochgradiger, die freie Willensbestimmung ausschließender Trunkenheit vorgenommene Handlung. Irrtümliche Annahme, daß die Ehe getrennt sei, schließt den Ehebruch aus.

2. Abs. 2. Die Zustimmung des einen Ehegatten zum Ehebruche des anderen braucht nicht Kuppelei zu sein; andererseits aber genügt auch nicht bloße Kenntnis. **RG.** JW. **03** Beil. 12. Vgl. unten Ziff. 3 zu § 1568.

Durch eine allgemeine Zustimmung des einen Ehegatten zum außerehelichen Geschlechtsverkehre des anderen Ehegatten wird kein für die ganze Dauer der Ehe unentziehbares Recht des anderen Ehegatten begründet; vielmehr kann der bislang dem ehebrecherischen Verhalten des anderen Teiles zustimmende Ehegatte jeden Augenblick auf den sittlichen Standpunkt der Ehe zurückkehren und für die Zukunft ein gleiches sittliches Verhalten vom anderen Teile verlangen. OLG. **7** 103 (Celle).

§ 1566. Es müssen Handlungen begangen sein, welche die ernstliche Absicht erkennen lassen, den Tod des anderen Teiles herbeizuführen; ein strafbarer Versuch ist nicht erforderlich. Leske 798 Anm. 7; Dernburg IV 79 Anm. 11; Scherer, Familienrecht 238. Das Wort „trachtet" bringt die Intensität und Zähigkeit des verbrecherischen Willens zum Ausdrucke. Leske 798 Anm. 8. Bloße Bedrohungen mit Mord oder Totschlag können den Tatbestand der Lebensnachstellung erfüllen, sofern nur die Drohung auf die ernstliche Absicht ihrer Verwirklichung schließen läßt. Leske 798; Davidson, Recht der Ehescheidung 29; Dernburg IV 79 Anm. 11.

§ 1567. 1. Bösliche Verlassung liegt vor, wenn die häusliche Gemeinschaft in dem Bewußtsein und mit dem Zwecke der Pflichtverletzung aufgegeben wird. Matthiaß 311, Planck IV 319. A. A. Cosack 494.

Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft muß sich als eine räumliche Trennung der Ehegatten mit oder ohne Veränderung des Aufenthaltsorts im Sinne einer tatsächlichen Absonderung des einen Ehegatten vom anderen darstellen. In diesem Sinne liegt Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft auch vor, wenn die Ehegatten zwar in demselben Hause, ja in derselben Wohnung, wohnen, sich aber tatsächlich voneinander absondern. Leske 800, Erler 101, Davidson 47.

2. Zu Nr. 1. a) Leske 801 f.: Die Böslichkeit der Absicht ist ausgeschlossen, wenn sich nach dem Erlasse des Urteils auf Wiederherstellung der Gemeinschaft und vor dem Fristablaufe neue Tatsachen ereignen, die eine Trennung der Ehegatten auch ohne richterliche Erlaubnis zu rechtfertigen vermögen, oder wenn der verurteilte Ehegatte auch nur in dem guten Glauben sich befand, daß solche nachträgliche Rechtsgründe vorhanden seien (vgl. **RG.** JW. **02** 274).

Vgl. hierzu OLG. **1** 91 (Jena): Bösliche Absicht ist ausgeschlossen, wenn der fernbleibende Ehegatte des guten Glaubens war, daß ihm der andere Teil Grund zur Ehescheidungsklage gegeben habe. Ferner Dernburg IV 81 Anm. 19.

b) Blanckmeister, PosMschr. **03** 145 ff., hält — wenn auch nicht ohne erhebliche Bedenken — als Voraussetzung für die Ehescheidungsklage im Falle des § 1567 Nr. 1 einen Vergleich im Vorprozesse, durch den die Verpflichtung

des jetzt auf Scheidung verklagten Ehegatten zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft anerkannt ist, für ausreichend.

c) Eichhorn, Bösliche Verlassung nach § 1567 Nr. 1, R. **03** 562 ff., befürwortet, daß § 1567 Nr. 1 ganz in Fortfall gebracht werde, weil diese eine Heuchelei enthaltende Klage nicht das bezwecke, was mit ihr verlangt werde, sondern das, was mit ihr bezweckt werde, weislich verschweige und die mit ihr beabsichtigten Wirkungen sehr wohl durch § 1568 erreicht werden könnten (564, 565). — Gegen Leske 799 Anm. 9 erachtet er es nicht für genügend, wenn die einjährige Frist erst zur Erlassung des Scheidungsurteils abgelaufen ist, hält vielmehr die erste mündliche Verhandlung für entscheidend.

3. Zu Nr. 2. Die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung müssen nicht nur zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage, sondern bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung gegeben sein, auf welche das Urteil ergeht. — Dies kann unter Umständen auch in der Revisionsinstanz sein. So gegen Erler und Davidson (vgl. JDR. **1** Ziff. 6 zu § 1567), auch Leske 802, Dernburg IV 82, Türcke-Niedenführ-Winter IV 232 Anm. 6.

4. Aus der Praxis:

Bösliche Verlassung liegt nicht vor, wenn der Ehegatte aus Energielosigkeit (krankhafter Willenlosigkeit) nicht zurückkehrt. **RG. JW. 03** Beil. 12.

OLG. **7** 104 (Hamburg): Bösliche Absicht liegt dann vor, wenn der Ehegatte eigenmächtig, d. h. ohne richterliche Gestattung und gegen den Willen des anderen Ehegatten in der Absicht, die eheliche Gemeinschaft nicht fortzusetzen, sich dem anderen Teile fernhält. Der klagende Teil hat nicht nötig, darzulegen, daß er die ehelichen Pflichten nicht verletzt habe; vielmehr ist es, wenn der verklagte Ehegatte behaupten will, daß er wegen des Verhaltens des klagenden Teiles zur Fortsetzung der Ehe nicht verpflichtet sei, seine Sache, einen desfallsigen Einwand zu erheben.

OLG. **7** 105 (Hamburg): Bösliche Verlassung darf nur bei Vorhandensein des im § 1567 vorausgesetzten Tatbestandes als erwiesen angenommen werden. Wiederholtes grundloses Verlassen der häuslichen Gemeinschaft rechtfertigt nicht eine Scheidung der Ehe aus § 1568 (vgl. die gegenteiligen Ansichten aus der Literatur, JDR. **1** Ziff. 6 zu § 1567 u. Ziff. 5 zu § 1568). Könnte eine solche nicht als böslich im Sinne des § 1567 Nr. 1 festzustellende Verlassung für ein die Scheidung rechtfertigendes Verhalten gemäß § 1568 erklärt werden, so würde den strengeren Anforderungen des § 1567 jede praktische Bedeutung entzogen werden.

OLG. **7** 407 (KG.): Bei dem klagenden Teile muß die ernstliche Absicht vorhanden sein, die häusliche Gemeinschaft wiederherzustellen und den anderen Teil bedingungslos bei sich aufzunehmen; bei dem beklagten Teile muß die Voraussetzung erfüllt sein, daß ohne rechtlichen Grund das Zusammenleben verweigert wird.

OLG. **7** 407 (Celle): Liegen die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung seit Jahresfrist vor Klagerhebung vor, so ist es unerheblich, ob inzwischen ein Dritter den Aufenthalt des Beklagten ermittelt hat. Die Möglichkeit, daß der Aufenthalt einer in unbekannter Ferne weilenden Person irgend jemandem bekannt ist, liegt stets vor, und es reicht deshalb diese Feststellung nicht aus, um das Gegebensein der Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung in Frage zu stellen.

§ 1568. 1. Nach Leske 805 f. und Dernburg IV 83 ist ein ehrloses oder unsittliches Verhalten namentlich regelmäßig in folgenden Fällen zu finden: Begehung entehrender Verbrechen oder Vergehen, Ergreifung eines schimpflichen Gewerbes, unverbesserliche Trunksucht, liederlicher Lebenswandel, unordentliche Wirtschaftsführung.

2. Trunksucht als Ehescheidungsgrund. Vgl. hierüber **RG. JW. 02** 71, JDR. **1** Ziff. 7 d a. E. zu § 1568.

Bresler a. a. O. 42 ff. wirft dem Gesetz Inkonsequenz vor, weil es die Trunksucht als einen besonderen Grund der Entmündigung anführt (s. über den Begriff der Trunksucht o. Ziff. III zu § 6), dagegen bei der Ehescheidung ganz außer acht läßt (44), und meint, daß die künftige Gesetzgebung sich der Aufgabe nicht werde entziehen können, für die Ehescheidung wegen Trunksucht und ähnlicher Zustände besondere Normen zu schaffen (53). Zur Zeit sei Ehescheidung wegen Trunksucht auf Grund des § 1569 nur möglich, wenn der Alkoholismus zu einem gänzlichen Verfalle der Geisteskräfte geführt habe, der an sich anwendbare § 1568 aber werde dann nicht Platz greifen können, wenn der trunksüchtige Ehegatte für seine Handlungen nicht verantwortlich zu machen ist (42).

3. Aus der Praxis:

a) **RG.** JW. **03** Beil. 63: Zum Begriffe der böslichen Verlassung genügt nicht das bloße Verlassen oder Fernbleiben für einen kürzeren oder längeren Zeitraum, sondern es ist weiter erforderlich, daß der Fernbleibende sich an einen unbekannten, bzw. dem Gericht unerreichbaren Ort begibt und dort sich beharrlich von dem andern Ehegatten fernhält, oder aber, daß er sich der Wiedervereinigung hartnäckig widersetzt, insbes. obrigkeitlichen Anordnungen den Gehorsam verweigert.

Nach dem Urteile des **RG.** JW. **03** Beil. 27 ist Voraussetzung des § 1568 nicht, daß derjenige Ehegatte, welcher durch seine Verfehlungen die Zerrüttung der Ehe herbeigeführt hat, dieses Resultat als einen von ihm in bewußter Weise angestrebten Erfolg beabsichtigt hat.

b) **RG.** JW. **03** Beil. 44: Auch in Prozeßbehauptungen, zumal wenn sie wider besseres Wissen aufgestellt werden, kann eine schwere Pflichtverletzung, ein ehrloses und unsittliches Verhalten im Sinne des § 1568 gefunden werden.

Das Urteil des **RG.** vom 15. 1. 03, JW. **03** Beil. 36, behandelt einen gesellschaftlich anstößigen Verkehr zwischen der Ehefrau und einem Dritten, der gleichwohl sich noch nicht mit den Geboten der Moral in Widerspruch setzt. Auch ein solcher Verkehr kann die durch die Ehe begründeten Pflichten verletzen, braucht aber deshalb noch nicht als Ehescheidungsgrund auszureichen.

c) **RG. 55** 244 ff.: Der Ehegatte, welcher gleichzeitig wegen Ehebruchs und wegen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses geklagt hat, kann, wenn der Tatbestand des § 1568 schon liquid ist, nicht auch wegen noch festzustellender Ehebrüche Scheidung verlangen.

d) **RG.** JW. **03** Beil 36, R. **03** 181: Die Verfehlungen müssen in ihrem Zusammenhalte, nicht nur jede einzelne für sich, geprüft werden.

RG. JW. **03** Beil. 72: Die Verzeihbarkeit ist kein Maßstab für die Schwere der Verfehlung.

e) Einen Ehescheidungsgrund gibt auch ein solches Benehmen, welches den anderen Teil in Gefahr bringt, Leben, Ehre, Amt oder Gewerbe zu verlieren oder in diesen Rechtsgütern beeinträchtigt zu werden, z. B. falsche Denunziation bei der Behörde (OLG. Braunschweig, BraunschZ. **02** 47), öffentliche Verleumdungen (**RG.** JW. **00** 847, SächsA. **11** 71), selbst das anstößige Verhalten einer Frau, welches die bürgerliche Existenz ihres Mannes bedroht (OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** Beil. 115). Vgl. **RG.** JW. **03** Beil. 127.

f) Die Verweigerung der ehelichen Pflicht in der Besorgnis, daß durch die Geisteskrankheit des Ehegatten die Integrität der etwaigen Deszendenz gefährdet werde, ist keine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten. OLG. Braunschweig, DJZ. **03** 552.

g) Wiederholtes grundloses Verlassen der häuslichen Gemeinschaft ist kein Scheidungsgrund aus § 1568. OLG. **7** 105 (Hamburg).

§ 1569. 1. Zum Begriff der Aufhebung der geistigen Gemeinschaft. Vgl. Schmidt u. Davidson, IDR. 1 Ziff. 1 zu § 1569, sowie die Praxis hierüber Ziff. 6 a. a. O.

a) „Aufhebung der geistigen Gemeinschaft" im Sinne dieser Vorschrift erfordert, daß die Aufhebung so weit geht, daß der ganze Begriff, das Wesen der Ehe, dadurch erschüttert wird, und daß das kleinere Übel zwischen dem Bestehenlassen der Ehe unter diesen Verhältnissen und der Trennung der Ehe die letztere ist. So kann die „geistige Gemeinschaft" z. B. nicht mehr bloß deshalb anerkannt werden, weil eine Frau, die in Anstaltsbehandlung sich befindet, trotz vorgeschrittenen Schwachsinns noch Teilnahme am Besuch ihres Mannes zeigt. Sie kennt den Mann, freut sich auch über sein Kommen, aber sie freut sich vielleicht hauptsächlich, weil er ihr Neuigkeiten bringt. Sie würde vielleicht die Person ganz ebenso begrüßen, wenn es irgend jemand anders wäre. Die eigentümlichen Beziehungen zu dem Ehegatten, das Spezifisch-Eheliche in diesen Empfindungen und Gefühlen dem Ehegatten und der Ehe gegenüber können ihr verloren gegangen sein. Ist auch die geistige Gemeinschaft nicht in jeder Richtung aufgehoben, so ist jedenfalls das aufgehoben, was überhaupt das Wesen der Geistesgemeinschaft gerade in der Ehe ist. Die „geistige Gemeinschaft" muß aber gerade in bezug auf die Ehe und deren Sinn noch bestehen, in der Art, daß eine beiderseitige Betätigung in dieser Richtung noch erkennbar ist. Moeli, Geisteskrankheiten in zivilrechtlicher Beziehung 193/194 in der „Gerichtlichen Medizin", herausgegeben vom Zentralkomitee f. d. ärztl. Fortbildungswesen in Preußen.

b) Die geistige Gemeinschaft ist aufgehoben, wenn der kranke Ehegatte kein Verständnis mehr für die sittlichen Pflichten des ehelichen Lebens und kein Bewußtsein der gemeinschaftlich bestehenden Interessen hat. Leske 803 Anm. 5, Endemann II 682 Anm. 30, Dernburg IV 85.

c) Bresler, Rechtspraxis der Ehescheidung bei Geisteskrankheit 6 ff., macht darauf aufmerksam, daß es im § 1569 nicht heiße die geistige Gemeinschaft des kranken mit dem gesunden Ehegatten, sondern „die geistige Gemeinschaft zwischen den beiden Ehegatten", weshalb man die geistige Gemeinschaft nicht als psychischen Komplex des kranken Ehegatten nehmen dürfe. Er definiert deshalb dahin: Geistige Gemeinschaft zwischen zwei Ehegatten ist das Vorhandensein eines im wesentlichen gleichen Gedankeninhalts über ihre Ehe bei denselben und die Möglichkeit einer wechselseitigen Einwirkung auf diesen Gedankeninhalt (6). — Dem Begriffe der geistigen Gemeinschaft als Inbegriff eines gemeinsamen, geistigen Besitztums, einer Art geistiger Gütergemeinschaft, wohnt deshalb die Betätigung der ehelichen Pflichten, also etwa die Fürsorge für den anderen Ehegatten und die Kinder, nicht notwendig inne (7/8).

2. Über die Frage, ob der Begriff der Geisteskrankheit im § 1569 identisch ist mit demjenigen des § 6, vgl. Bresler o. Ziff. I 1 c zu § 6.

3. ThürBl. 03 206 (Jena): Die drei Jahre, während deren die Geisteskrankheit bestanden haben muß, sind von dem Zeitpunkt an zu rechnen, in welchem zuerst das Bestehen von Geisteskrankheit festgestellt wurde, nicht etwa schon von da an, wo Symptome hervorgetreten sind, von denen sich später herausgestellt hat, daß sie durch eine geistige Erkrankung zu erklären seien.

§ 1570. 1. Nach Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 197/199, ist die Verzeihung nicht Willenserklärung, sondern Gefühlsäußerung.

Mit Dernburg 133 f. ist Freudenberg, „Die Verzeihung," der Ansicht, daß die Verzeihung kein rein „sittlicher Akt" und kein rein „faktischer Vorgang", sondern eine Rechtshandlung sei. Er sagt: Die Verzeihung stellt sich als eine menschliche Willenskundgebung dar, welche, sittlichen Motiven entspringend, auch

Wirkungen in bezug auf die sittlichen Beziehungen zueinander ausübt, andererseits aber auch rechtliche Wirkungen äußert. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1a und c zu § 1570.

2. a) Gegen Erler (vgl. JDR. **1** Ziff. 1a) nimmt Leske 808 in Übereinstimmung mit Davidson 86 und der zu b genannten Entscheidung des RG. an, daß eine unter Vorbehalt oder bedingt ausgesprochene Verzeihung nicht schlechthin unwirksam zu sein braucht. Nach der Lage des einzelnen Falles und unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe ist nach ihm die Frage zu enscheiden, die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Bedingungen auf die Verzeihung aber jedenfalls abzulehnen. Er hebt hervor, daß in gewissem Sinne jede Verzeihung unter der stillschweigenden Bedingung der Besserung erteilt wird.

Freudenberg 71 stellt den Satz auf, daß eine Verzeihung nur unbedingt und vorbehaltlos erfolgen könne. „Wo die Versöhnungsabsicht und die versöhnliche Gesinnung an den Tag tritt, dadurch, daß sie sich in einer Verzeihung äußert, da ist für Bedingungen und Vorbehalte kein Raum." Er betont (67), daß nur bei einer ausdrücklich erklärten Verzeihung die Hinzufügung einer Bedingung oder eines Vorbehalts möglich ist, da bei einer stillschweigend durch schlüssige Handlungen kundgegebenen Verzeihung eine von dem Verzeihenden etwa gestellte Bedingung nach außen nicht erkennbar hervortreten würde.

b) Über bedingte Verzeihung und Verzeihung von Verfehlungen, deren schlimmste Folgen erst nach der Verzeihung eingetreten sind vgl. **RG.** JW. **03** Beil. 26, DJZ. **03** 223. Eine Zurücknahme der Klage schließt nicht unter allen Umständen eine Verzeihung der klagebegründenden Verfehlungen in sich.

RG. R. **03** 606: Daraus, daß ein Ehegatte dem anderen für den Eintritt gewisser Fälle die künftige Verzeihung in Aussicht stellt, folgt noch nicht, daß er jetzt schon die Ehe nicht mehr als zerrüttet und ihre Fortsetzung nicht als unbillige Zumutung empfindet.

3. Die Verzeihung muß dem anderen Teile gegenüber zum Ausdrucke gelangt sein. Dernburg IV 86, Leske 807 gegen Planck IV 323. Die Verzeihung kann vor oder nach Erhebung der Scheidungsklage erklärt werden und ist, wenn sie während des Scheidungsprozesses erfolgt, von der Zurücknahme der Scheidungsklage nicht abhängig. Leske 807; vgl. **RG. 34** 189. Die dem Einwande der Verzeihung entgegengesetzte Replik, daß die Verzeihung nicht ernstlich gemeint sei, ist unbeachtlich. Leske 807, Dernburg IV 86 Anm. 2.

4. Der Vorbehalt, daß die Verzeihung unter Voraussetzung der Besserung erfolgt, wird von Dernburg IV 86 als rechtsbeständig angesehen, da dies der geschichtlichen Entwicklung und dem Wesen der Sache entspreche.

5. OLG. **7** 107 (Hamburg): Die Beischlafsvollziehung ist aus dem Grunde regelmäßig als eine den Verzeihungswillen zum Ausdrucke bringende Handlung anzusehen, weil der Ehegatte, der an sich auf einen Scheidungsgrund sich berufen kann, dadurch zu erkennen gibt, daß nach seinem persönlichen Empfinden die Ehe durch Verschulden des anderen Teiles nicht derart zerrüttet ist, daß man ihm die Fortsetzung derselben nicht zumuten könnte (vgl. auch Davidson, JDR. **1** Ziff. 1g zu § 1570).

§ 1571. 1. Zu Abs. 1. OLG. Cöln, R. **03** 18: Die sechsmonatige Frist des § 1571 ist bezüglich der Klage sowohl als der Widerklage eine auch von Amtswegen zu berücksichtigende Ausschlußfrist. Die hiervon im § 1574 Abs. 3 zugunsten desjenigen Beklagten, der lediglich beantragt, auch den Kläger für schuldig zu erklären, gemachte Ausnahme hat zur Voraussetzung, daß keine Widerklage auf Scheidung erhoben ist.

OLG. Braunschweig, R. **03** 577: Bildet eine Mehrheit von Verfehlungen in ihrer Gesamtwirkung den Scheidungsgrund, so darf die sechsmonatige Frist nicht für jede einzelne Verfehlung berechnet werden. Es entsteht vielmehr, so-

lange ein in seiner Gesamtheit als Scheidungsgrund sich darstellendes Verhalten fortdauert, der Anspruch auf Scheidung in jedem Zeitmoment von neuem.

RG. Gruchots Beitr. **47** 969: Solange die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist, ist die Verjährung der Scheidungsklage ausgeschlossen.

2. Zu Abs. 2. Gegen OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 41, das eine Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nur dann als vorhanden ansieht, wenn der unschuldige Teil den schuldigen verlassen habe, nicht aber im umgekehrten Falle, wendet sich Schöller, DJZ. **03** 316 f. Dieser führt u. a. aus: Wird der schuldige Ehegatte, nachdem er den anderen verlassen hat, verhaftet, so wird die bereits eingetretene Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft durch die nachträgliche Verhaftung nicht wieder rückgängig gemacht; dasselbe gilt, wenn der unschuldige Ehegatte den schuldigen wegen eines Ehescheidungsgrundes verlassen hat, und nunmehr der eine oder andere Teil verhaftet wird. Waren die Ehegatten trotz Vorhandenseins eines Ehescheidungsgrundes zusammengeblieben und wird vor Ablauf der sechsmonatigen Frist der eine Teil ohne Zusammenhang mit dem Ehescheidungsgrunde verhaftet, so wird hierdurch allein die häusliche Gemeinschaft im Rechtssinne nicht aufgehoben.

Erfolgt die Verhaftung des schuldigen Teiles wegen des den Ehescheidungsgrund bildenden Verbrechens oder Vergehens und erfährt der unschuldige Teil erst durch die Verhaftung oder kurz vorher von dem Ehescheidungsgrunde, so läuft im Zweifel die Frist während der Verhaftung nicht.

Das Reichsgericht hat sich zu dieser Frage, wie folgt, geäußert: Die unfreiwillige vorübergehende Inhaftnahme eines Ehegatten (Untersuchungs- oder Strafhaft) ist nicht unterschiedslos und ohne Rücksicht auf die Dauer der Haft zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft geeignet. Es kommt vielmehr darauf an, ob im einzelnen Falle nach den für die Gestaltung der häuslichen Verhältnisse wesentlich maßgebenden persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen eine wirkliche Lösung der ehelichen Gemeinschaft dadurch herbeigeführt wird. **RG.** 8. 1. 03 JW. **03** 44, PosMschr. **03** 41; 22. 1. 03 Entsch. **53** 337; 9. 7. 03 JW. **03** 112.

3. OLG. **7** 408 (Colmar): Der vom Manne gegen die Unterhaltsklage seiner Frau bestellte Bevollmächtigte ist zum Erlasse der Aufforderung (Abs. 2) nicht befugt, weil diese keine den Rechtsstreit betreffende Prozeßhandlung ist, zu welcher gemäß § 81 ZPO. die Prozeßvollmacht ermächtigt.

§ 1572. Die fristgemäße Erhebung der Scheidungsklage wahrt zugleich die Frist für alle im Laufe desselben Verfahrens, wenn auch erst nach Ablauf von 6 Monaten geltend gemachten Anfechtungsgründe. **RG.** JW. **03** Beil. 70.

§ 1573. **RG.** JW. **03** Beil. 88: Hinsichtlich der im § 1573 bezeichneten Tatsachen, die zur Unterstützung eines anderen tatsächlichen Scheidungsgrundes benutzt werden können, macht es keinen Unterschied, ob sich dieselben vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. ereignet haben.

RG. JW. **03** Beil. 48, DJZ. **03** 223: § 1573 bezweckt, dem klagenden Ehegatten, falls der andere Ehegatte nach Erledigung des früheren Rechtsstreits sich erneuter Verfehlungen schuldig gemacht hat, das Recht zu wahren, zur Charakterisierung und zum Beweise des neuen Scheidungsgrundes auch diejenigen Verfehlungen des anderen Ehegatten geltend zu machen, auf welche das Recht auf Scheidung nach §§ 1570, 1571 BGB. und § 616 ZPO. nicht mehr gegründet werden kann.

§ 1574. 1. Planck IV 326 und Erler 228 nehmen an, daß die Schuldigerklärung in der Urteilsformel ausgesprochen werden müsse. Leske 810 Anm. 3 hält diesen Ausspruch zwar für zweckmäßig, jedoch nicht für notwendig.

2. Soweit nur die Schuldfrage zwischen den Eheleuten zu entscheiden ist, kommen die beschränkenden Vorschriften des § 617 Abs. 2 ZPO. nicht zur Anwendung; in solchem Falle würde z. B. die Zuschiebung von Eiden über den begangenen Ehebruch zulässig sein. Dernburg IV 88 Anm. 14. Über OLG. **4** 93 (Dresden, Hamburg), vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 617 ZPO.

3. OLG. **7** 409 f. (KG.): Die Regelung der Schuldfrage richtet sich grundsätzlich nur nach der auf den Scheidungsantrag des Klägers oder Widerklägers ergehenden Entscheidung. Voraussetzung der Schuldigerklärung eines Ehegatten ist regelmäßig die Scheidung auf Antrag des anderen Ehegatten. Eine Schuldigerklärung des Klägers ist nur zulässig, wenn der Beklagte Widerklage erhoben hat und diese für begründet erkannt wird, ferner — ohne Erhebung einer Widerklage — auf Antrag des Beklagten, wenn dieser auf Scheidung klagen könnte oder sein Recht auf Scheidung durch Verzeihung oder Zeitablauf ausgeschlossen ist, der Verlust des Scheidungsrechts aber erst nach Entstehung des vom Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes eingetreten ist; endlich soll nach der Rechtsprechung des RG. die Vorschrift des § 1574 Abs. 3 auch zugunsten des Klägers auf den Fall Anwendung finden, daß zunächst auf Eheherstellung geklagt und vom Beklagten Widerklage auf Ehescheidung erhoben ist. Es liegt aber kein Bedürfnis vor, diese Vorschrift auch dann anzuwenden, wenn der Kläger mit der Scheidungsklage abgewiesen wird. Haben beide Parteien auf Scheidung geklagt, so sind die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht gegeben.

4. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 961 ff.: Der Antrag des beklagten Ehegatten, ohne Erhebung einer Widerklage auch den klagenden Ehegatten für schuldig zu erklären, ist nur begründet, wenn dem Beklagten ebenfalls ein Scheidungsgrund zur Seite steht oder wenigstens zur Zeit des Eintritts des vom Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes noch zur Seite stand.

5. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 966 ff.: Der mit seiner Ehescheidungsklage abgewiesene Kläger kann die von ihm zunächst ganz allgemein eingelegte Berufung später dahin einschränken, daß auch die Beklagte für schuldig erklärt wird. Die Bestimmung des Abs. 3 ist einerseits auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn der Beklagte zwar die Widerklage erhoben, dann aber fallen gelassen hat, und andererseits muß dasselbe auch von dem infolge Erhebung der Widerklage zum Widerbeklagten gewordenen Kläger in dem Falle gelten wenn derselbe sich schließlich darauf beschränkt, lediglich den Antrag auf Schuldigerklärung auch des andern Teiles aufrechtzuerhalten.

§ 1578. 1. Gegen Davidson (vgl. JDR. **1** Nr. 3 zu § 1578) nehmen auch Dernburg 92 und Leske 813 Anm. 9 an, daß es auf die Erwerbsfähigkeit der Frau nicht ankommt und daß die vermögenslose Frau den Ertrag einer freiwillig übernommenen Erwerbstätigkeit sich nicht anzurechnen braucht.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 972 ff.: Sobald die Beschränkung der nach § 1578 begründeten Unterhaltsverpflichtung nach § 1579 Abs. 1 Satz 2 eintritt, erhält der geschiedene Ehegatte nur einen Teil des standesmäßigen Unterhalts, und zwar einen Teil, der unter Umständen unter den notdürftigen Unterhalt herabgehen kann. Vgl. **RG. 48** 112.

3. OLG. **7** 108 (KG.): Die Höhe der Rente ist nach den Ansprüchen zu bestimmen, welche die Ehefrau nach dem Stande, der Bildung, den Lebensgewohnheiten und dem Vermögen des Mannes vernünftigerweise an ihre Lebenshaltung stellen konnte, solange sie die Ehefrau dieses Mannes war.

§ 1579. **RG.** JW. **03** Beil. 147: Der im § 1579 Abs. 1 Satz 2 aufgestellte Grundsatz ändert und beschränkt nur den im § 1578 normierten gesetzlichen Unterhalt des früheren Ehegatten, greift mithin nur für den Fall Platz,

daß auch der § 1578 Anwendung findet. An dieser Voraussetzung aber fehlt es, wenn durch freiwilligen Dispositionsakt der Beteiligten der gesetzliche Unterhaltsanspruch des unschuldigen Ehegatten in einen vertragsmäßigen umgewandelt worden ist. Eine vertraglich geordnete Unterhaltspflicht des für schuldig erklärten Eheteils wird durch die Klausel des § 1579 Abs. 1 Satz 2 nicht vermindert.

Ebenso **RG.** PosMschr. **03** 189, OLG. **7** 110 (Königsberg) und PosMschr. **03** 60.

RG. Gruchots Beitr. **47** 974: Die Anwendung des § 1579 Abs. 1 Satz 2 setzt nicht allein voraus, daß der allein für schuldig erklärte Ehegatte einem minderjährigen unverheirateten Kinde oder dem neuen Ehegatten Unterhalt zu gewähren hat, sondern auch, daß er bei Berücksichtigung seiner Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts dem geschiedenen Ehegatten Unterhalt zu gewähren.

§ 1586. Über die rechtliche Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft herrscht weiter Streit. (JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1586.)

1. Während v. Staudinger die Auffassung vertritt, daß die Ehe nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft schlechthin fortbesteht, lassen Planck und Seckel (Berliner Festschrift für Dernburg) die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Auflösung der Ehe bewirken. Letzterer führt aus (4 ff.): Nicht das Band der Ehe besteht weiter, sondern nur ein Band, ein Restband, ein rein negatives Band, das die Eingehung einer neuen Ehe hindert, die Möglichkeit gibt und verlangt, die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe, d. h. des Restbandes, geltend zu machen und die Grundlage für die erleichterte Wiedervereinigung der Gatten durch den Naturalvertrag der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft abgibt.

2. Dagegen sagt Matthiaß, R. **03** 2 ff.: Die Ehe besteht dem Bande nach fort, das Rechtsverhältnis der Ehe wird durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in seinem Bestande nicht beeinflußt, es befindet sich aber in einem Zustande der Hemmung, des Ruhens. An sich sind also die Ehegatten auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zur Herstellung des ehelichen Lebens einander verpflichtet, aber keiner kann die Herstellung desselben verlangen.

3. Th. Olshausen, A.bürgR. **23** 149 ff., führt aus: Das rechtliche Band der Ehe bleibt bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Gegensatze zur Scheidung unangetastet bestehen. Dies wird aus der Interpretation und Stellung des § 1586 im Gesetzbuche, sowie aus der Entstehungsgeschichte der §§ 1575, 1576, 1586 und 1587 heraus gefolgert (150—152). Insbesondere läßt sich auch das Verbot der Wiederverheiratung einzig und allein daraus erklären, daß die alte Ehe rechtlich noch besteht. Der Umstand aber, daß einzelne Folgeerscheinungen der Ehe, z. B. die häusliche Gemeinschaft, die Leistung der spezifisch ehelichen Pflichten trotz Weiterbestehens der Ehe fortfallen, ist damit zu erklären, daß das Rechtsverhältnis der Ehe in einem Zustande der Hemmung sich befindet (vgl. Matthiaß, R. **03** 1 ff.). Diese äußerst merkwürdige Erscheinung, daß die aus der Ehe sich ergebenden Rechte und Pflichten zum Teile ruhen, zum Teile unberührt fortbestehen, läßt sich nur aus dem eigentümlichen, vertragsähnlichen Charakter der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erklären. Ist es doch eigentlich nicht die Autorität des Richters, welche einzelne, eheliche Verpflichtungen und Berechtigungen fortfallen, die Ehe aber trotzdem bestehen läßt, sondern der vor dem Richter stillschweigend geschlossene Vertrag der Ehegatten. Indem der beklagte Ehegatte dem auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gerichteten Antrage des anderen Ehegatten nicht den Scheidungsantrag entgegenstellt, erklärt er sich stillschweigend damit einverstanden, daß die Ehe von jetzt ab in der vom Gesetze normierten Weise

fortbesteht. Sie bleiben Ehegatten, aber es fehlen die wesentlichsten Rechte und Pflichten. Darin, daß dieses eigenartige Rechtsverhältnis nur bei beiderseitigem Einverständnis entstehen und fortbestehen kann, liegt der einzige wesentliche Unterschied zu dem ähnlichen Institut des kanonischen Rechtes (153). Jedoch treten zufolge einer gesetzlichen Fiktion überall die Wirkungen der Scheidung ein. Dieser Satz gilt auch auf dem Gebiete des Familienrechts; daher ist ein nach aufgehobener ehelicher Gemeinschaft empfangenes Kind nicht ehelich, trotzdem die Ehefrau es während der Ehe empfangen hat. Der Satz 1 des Abs. 1 § 1591 kann eine Anwendung nicht erleiden, weil das Gesetz die Folgen der Scheidung eintreten läßt. Es kommt deshalb analog wie bei der Scheidung § 1593 in Betracht. Ist deshalb das Kind noch innerhalb 302 Tagen nach der Aufhebung geboren, so ist die Geltendmachung der Unehelichkeit in erster Linie von dem Willen des Ehemanns abhängig, ist es nach Ablauf dieses Zeitraums geboren, so kann die Unehelichkeit von jedermann nach den allgemeinen Grundsätzen geltend gemacht werden (vgl. u. Ziff. 1 zu § 1591). Es wäre auch widersinnig, wollte man nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Beiwohnungsvermutung des § 1591 Abs. 2 Satz 1 weiter gelten lassen, da beide Ehegatten auf Grund des Aufhebungsurteils berechtigt sind, die Leistung der ehelichen Pflicht dem anderen Teile zu verweigern (155/156). Der Satz, daß die Ehe ebenso behandelt werden soll, wie wenn sie geschieden wäre, gilt aber nur für das Gebiet des BGB. Welche Rechte daher der in aufgehobener ehelicher Gemeinschaft Lebende in Ansehung der durch das öffentliche Recht des Reichs oder der Bundesstaaten normierten Rechtsverhältnisse hat, ist allein nach den für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebenden Gesetzen zu beurteilen. Des weiteren ist aus § 1586 zu entnehmen, daß unter den „Wirkungen der Scheidung" nur die durch BGB. selbst angeordneten zu verstehen sind (157).

Achter Titel.
Kirchliche Verpflichtungen.

§ 1588. 1. v. Schulte, DJZ. **03** 242 ff., gelangt auf Grund der Entstehungsgeschichte des § 1588 zu dem Ergebnisse, daß diese Bestimmung nur und ausschließlich durch die Absicht veranlaßt sei, den Leuten die kirchliche Trauung ans Herz zu legen, daß sie aber keinen juristischen Inhalt habe (244). § 1588 bringe nur zum Ausdrucke, daß es Sache des einzelnen sei, sich mit seinen kirchlichen Verpflichtungen abzufinden; den Standesbeamten gehe dieses nichts an; der Richter habe sich nur an die Staatsgesetze zu halten. Es sei daher nicht zu bezweifeln, daß § 1588 nichts anderes sage, als § 82 des Ges. v. 6. 2. 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung (243).

2. Über die Frage, ob neben dem bürgerlichen Eheschließungsakt eine rechtliche Verpflichtung zur kirchlichen Trauung besteht, wie Türcke-Riedenführ-Winter (vgl. JDR. **1** zu § 1588) auch Leske 656; Jacobi (2) 118 ff.; v. Brünneck, Gruchots Beitr. **33** 769 ff.; Friedberg, Kirchenrecht § 156 Anm. 26.

Zweiter Abschnitt.
Verwandtschaft.

Zweiter Titel.
Eheliche Abstammung.

§ 1591. 1. Die Vermutung der Beiwohnung gilt auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, wenn die Empfängniszeit erst nach der rechtskräftigen Aufhebung beginnt; ein aus solcher Empfängnis hervorgegangenes Kind ist ein

eheliches, denn die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hat die Auflösung des Bandes der Ehe nicht zur Folge. Leske 834, Spahn 14, v. Staudinger IV 365; a. A. Planck IV 345 Anm. 6, Seckel (Festg. f. Dernburg) 365 und Olshausen o. Ziff. 3 zu § 1586.

2. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 229/231: Die Beiwohnung ist hier nicht als Handlung, sondern schon als bloße Naturtatsache rechtswirksam. Es kommt nicht darauf an, ob sie durch einen geistig Kranken oder Gesunden, in der Trunkenheit oder in nüchternem Zustande, freiwillig oder zwangsweise erfolgt ist.

3. Opet, DJZ. **03** 189 ff.: Die eheliche Abstammung der Mitglieder hochadliger Häuser bestimmt sich grundsätzlich nach den Bestimmungen des BGB., es kann aber die Anfechtung der Ehelichkeit durch jeden rechtlich Interessierten erfolgen.

4. Dernburg IV 218 Anm. 9: Die Vermutung des Abs. 2 gilt nicht für den Fall, daß die Frau nach der Todeserklärung des Mannes Kinder empfängt und gebiert. Dagegen Boschan, DJZ. **03** 77, vgl. oben Ziff. 1 zu § 18 BGB. ➳ Die dort enthaltenen Ausführungen waren übrigens nur bestimmt, auf die aus § 1348 Abs. 2 für das Familien- und Erbrecht etwa zu ziehenden Folgerungen hinzuweisen, und können jedenfalls von dem Verfasser, namentlich im Hinblick auf die Bemerkungen von Fuchs (Gruchots Beitr. **47** 753), nicht aufrechterhalten werden. Als mißlich ist es immerhin zu bezeichnen, daß möglicherweise der Nachweis, der Verschollene habe trotz seiner Todeserklärung, sei es in der Ferne oder nach seiner Heimkehr, um die Geburt des Kindes gewußt, die rechtzeitige Anfechtung der Ehelichkeit aber unterlassen, unmittelbar den Personenstand des Kindes beeinflussen kann. Boschan. ⇜

5. Aus der Praxis:

OLG. Jena, ThürBl. **03** 103 f.: Zur Entkräftung der gesetzlichen Vermutung, daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe, ist der Nachweis offenbarer Unmöglichkeit nicht erforderlich.

OLG. **7** 416 (Hamburg): Es ist an Fälle gedacht, wo die Vaterschaft des Mannes aus wissenschaftlichen, physiologischen Gründen ein Ding der Unmöglichkeit ist; diese Unmöglichkeit muß klar zutage liegen, jedem Zweifel entzogen sein. Bei dem Beweisverfahren und der Feststellung des Beweisergebnisses ist daher mit besonderer Vorsicht und Strenge vorzugehen, die Schlüssigkeit der Beweistatsachen ist nach einem besonders strengen Maßstabe zu prüfen, so daß jeder Zweifel an der Wahrheit der festzustellenden Tatsachen ausgeschlossen ist.

§ 1593. Nach Landesrecht können Lehens- und Fideikommißberechtigte bezüglich der Lehen und Fideikommisse die selbständige Befugnis zur Entkräftung der Vermutung der Ehelichkeit eines Kindes haben. Das erzielte Urteil hat bezüglich anderer Rechtssachen keine Rechtskraft. Dernburg IV 222 Anm. 13; Planck IV zu § 1593 Ziff. 4.

Die Klage auf Feststellung eines Eltern- und Kindesverhältnisses ist als Statusklage anzusehen, für welche die §§ 640 ff. ZPO. gelten. Nach § 70 GVG. ist das Landgericht zuständig. OLG. **7** 416 f. (Breslau und Hamburg).

§ 1598. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 164, 200/203: Die Anerkennung der ehelichen Vaterschaft ist Willenserklärung, während die der unehelichen bloße Vorstellungsäußerung ist.

§ 1600. Eine Widerlegung der Vermutung des § 1600 aus dem Reifegrad oder der Rassenverschiedenheit ist statthaft. Matthiaß 327, Staudinger IV 378.

Dritter Titel.

Unterhaltspflicht.

§§ 1601, 1602. OLG. Stettin, PosMschr. **03** 173: Die Unterhaltsberechtigung wird durch den Besitz eines zur Bestreitung des Unterhalts nicht verwertbaren Vermögens (Forderung gegen den Unterhaltspflichtigen) nicht berührt.

OLG. **7** 418 (Dresden): Im Unterhaltsstreite der Kinder aus einer geschiedenen Ehe gegen den Vater darf die Mutter, die gesetzlicher Vertreter der Kinder ist, nicht als Zeugin vernommen werden. Die Aufgabe des Zeugen als einer von den Parteien verschiedenen dritten Person ist unvereinbar mit der Parteirolle, die dem gesetzlichen Vertreter als dem rechtlichen Repräsentanten der Partei zukommt.

§ 1603. 1. Dem Kinde gegenüber hat der Vater alle verfügbaren Mittel zu dessen Unterhalt zu verwenden, gleichviel, wie es mit seinem eigenen standesgemäßen Unterhalte steht. Von dieser Verpflichtung wird er nur befreit, wenn ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter — als welcher die Mutter im Verhältnisse zu ihren und ihres Mannes gemeinschaftlichen Kindern nicht aufzufassen ist — vorhanden ist. OLG. **7** 418 (Dresden).

2. **RG.** JW. **03** Beil. 29: Für die Eltern ist die sittliche Pflicht, ihre Kinder zu erhalten, eine unbeschränkte; sie findet ihre Grenze allein in der Unmöglichkeit. Die Eltern sind ihren unterhaltsberechtigten minderjährigen unverheirateten Kindern gegenüber, auch wenn sie ohne Gefährdung ihres eigenen standesgemäßen Unterhalts zur Gewährung von Unterhalt an diese nicht imstande sind, gleichwohl verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalte gleichmäßig zu verwenden. Sie sind nicht befugt, aus diesen Mitteln zur Sicherung ihres eigenen standesgemäßen oder auch nur notdürftigen Unterhalts etwas vorweg zu entnehmen, da sonst von einer gleichmäßigen Verwendung nicht die Rede sein könnte. Vielmehr müssen nötigenfalls auch die Eltern sich auf das Unentbehrlichste für ihren Lebensbedarf einschränken, und nur die Möglichkeit der eigenen Fortexistenz bildet, unter Berücksichtigung ihrer Lebensstellung, die Grenze ihrer Unterhaltspflicht.

§ 1604. Eine Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt an die Schwiegermutter besteht für den Schwiegersohn außerhalb einer durch den Güterstand etwa begründeten Verpflichtung nicht. OLG. Hamburg, DJZ. **03** 228.

Aufhebung der Gütergemeinschaft zu dem Zwecke, das Vermögen des einen Ehegatten von der Unterhaltspflicht zu befreien, begründet keine Anfechtung. OLG. **6** 157 (Hamburg).

§ 1610. Zu den vom Unterhalt mit umfaßten Erziehungskosten sind auch die Ausstattungskosten für den als Einjährig-Freiwilliger seiner Militärpflicht genügenden Sohn zu rechnen. OLG. Dresden, SächsA. **14** 103.

§ 1611. Die Vorschrift des Abs. 2 setzt das Maß des einem Ehegatten zu gewährenden Unterhalts für den besonderen Fall herab, daß der Berechtigte sich einer Verfehlung schuldig macht, die den Unterhaltspflichtigen zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt. Darüber verhält sich § 2335. Eine Einschränkung des Rechtes der Entziehung des Pflichtteils ergibt sich nicht aus der Bestimmung des § 1933; durch diese Vorschrift ist nur die Erhebung einer begründeten Scheidungsklage der Auflösung der Ehe gleichgestellt worden. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 975 ff.

§ 1612. Zu Abs. 2. **RG.** JW. **03** Beil. 29: Nur wenn die unterhaltspflichtigen Eltern eine die gesetzliche Bestimmung in Abs. 1 abändernde Anordnung über die Unterhaltsgewährung getroffen haben, ist für eine Entscheidung

des Vormundschaftsgerichts Raum. Die Anordnung der Eltern bzw. die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist für das Prozeßgericht maßgebend und kann von ihm nicht geändert werden; im übrigen ist der Rechtsweg zur Beitreibung der Unterhaltsraten zulässig.

§ 1614. OLG. **7** 111 (Jena): Eine Herabsetzung der durch Vergleich übernommenen Unterhaltsrente wegen Änderung der Verhältnisse des Verpflichteten oder Berechtigten ist ausgeschlossen.

Vierter Titel.
Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

Literatur: Breit, Geschäftsfähigkeit, Leipzig 1903. — Brunswig, Handlungsfähigkeit der Geisteskranken, Leipzig 1902. — Burhenne, Privatrechtliche Inventarisationspflichten. — Busch, Grenzgebiete zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit (Festgabe für Koch) 1903. — Duensing (Frieda), Verletzung der Fürsorgepflicht gegen Minderjährige, München 1903. — Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, Berlin 1903.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

§ 1616. 1. Familienname.

a) Die dauernde Führung eines anderen als des durch Abstammung erworbenen Familiennamens stellt eine unbefugte Namensänderung auch dann dar, wenn die Änderung schon von dem Vater widerrechtlich vorgenommen, und der so geänderte Name von dem Kinde beibehalten ist. PrOVG. **39** 403 ff.

b) Das eheliche Kind erhält den Familiennamen des Vaters, aber nicht denjenigen, der vom Vater ohne Befugnis angenommen oder geführt ist, sondern den, welchen der Vater nach dem Gesetze zu führen hatte. Ist durch die zuständige Behörde festgestellt, daß einer Person nicht der bei der Eintragung ihrer Geburt angegebene und seitdem geführte Familienname, sondern ein anderer als durch Abstammung erworbener zukomme, und infolgedessen die Geburtseintragung berichtigt, so ist diese Feststellung für den Namenträger bis auf weiteres maßgebend. KGJ. **24** A 163 (vgl. auch o. Ziff. 3b zu § 12).

c) Wegen Beilegung des Familiennamens bei Findelkindern vgl. die oben Ziff. 2 zu § 12 wiedergegebenen Ausführungen von Weyl.

2. Vorname (vgl. o. Ziff. 3d zu § 12).

a) Der Vorname, im Gegensatze zum Familiennamen, wird von gewissen dazu Berechtigten gewählt, namentlich vom Vater. KGJ. **26** C 89, DJZ. **03** 527; vgl. auch PosMschr. **03** 6 und 118 (KG.), s. JDR. **1** zu § 1616 Ziff. 2.

b) LG. Schneidemühl, PosMschr. **01** 89: Das Recht zur Bestimmung der Vornamen ist ein Ausfluß des Rechtes der Sorge für die Person; während bestehender Ehe ist also nach § 1627 (1631, 1354) der Vater allein hierzu befugt, Namengebung durch die Mutter rechtlich unerheblich. OLG. **6** 107 (KG.).

c) Die Mutter des sächsischen Brautkindes ist zur Erteilung des Vornamens allein berechtigt. Mothes, CBlFrG. **4** 248.

§ 1617. 1. a) Die Zugehörigkeit zum Hausstand ist nicht als Handlung, sondern schon als bloße Naturtatsache rechtswirksam. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 227/228, 207/208.

b) Über den Begriff der Hausangehörigkeit Dernburg 235 (das Kind gehört zum Hausstande, wenn es in diesem den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen hat; Wohnen im Hause nicht notwendig und auch ohne Hausangehörigkeit möglich); s. JDR. **1** zu § 1617 Ziff. 1.

2. Duensing, Verletzung d. Fürsorgepflicht gegen Minderjährige 44 hält die Norm des § 1617, soweit sie sich auf die erziehungsbedürftigen Kinder bezieht, für eine selbstverständliche Folge der elterlichen Gewalt.

3. a) Unter der Dienstpflicht darf Ausbildung und Erziehung nicht leiden. Leske 850[4]. Übermäßige Heranziehung zu Diensten als Mißbrauch: OLG. **6** 287 (KG.).

b) Ob die Dienste für das Hauswesen oder Geschäft des Vaters notwendig sind oder auch von anderen geleistet werden können, ist belanglos. Der Vater darf das arbeitsfähige Kind zu angemessenen Arbeiten zwecks Erwerbes des Unterhalts des Kindes anhalten und den Arbeitsverdienst hierzu verwenden. BayrObLG. **3** 44.

4. Der Erwerb aus diesen Diensten wird Eigentum des erziehungsberechtigten oder Unterhalt gewährenden Elternteils; der Erwerb aus solchen Diensten, die das Kind bei Dritten auf Anordnung des erziehungsberechtigten Elternteils leistet, wird freies Kindesvermögen (§ 1651). Leske 850[3] u. [6].

5. a) Die unentgeltliche Diensthilfe (§ 1617) in ihrer Bedeutung für die Steuereinschätzung des Vaters als Haushaltungsvorstandes behandelt Fuisting, DJZ. **03** 284.

b) PrOVG., DJZ. **03** 348: Die auf Grund der §§ 1602, 1610 gewährten Leistungen der Eltern und unter § 1617 fallenden Gegenleistungen der Kinder sind lediglich Ausflüsse gesetzlicher Berechtigung und Verpflichtung. Daher entsteht für die Kinder hieraus kein Einkommen, für die Eltern kein Anspruch auf Abzug für Betriebskosten. Gewährt aber der Vater dem Sohne, der imstande ist, sich selbst zu unterhalten, für die Beihilfe im Gewerbe Unterhalt, so geschieht dies nicht auf Grund gesetzlicher Pflicht, und der Sohn hat keine gesetzliche Pflicht zur Mitarbeit nach § 1617; es muß eine Vergütung als stillschweigend vereinbart erachtet werden, die Gegenleistungen des Vaters stellen sich als Betriebskosten dar.

6. Nach Dernburg 279 finden die §§ 1617 ff. auch auf die uneheliche Mutter Anwendung; ebenso Leske 896 betreffs §§ 1617 und 1620 ff. (vgl. JDR. **1** zu § 1617 Ziff. 9).

Schäfer, R. **03** 303: Wird das Kind im Hausstande der unehelichen Mutter erzogen oder unterhalten, so kann die Mutter verlangen und nach §§ 1631 Abs. 2, 1707 erzwingen, daß es im Hauswesen verbleibt, und diesem seine Dienste widmet (s. unten zu § 1800 und Art. 135).

§ 1620. 1. a) Die Tochter kann die Aussteuer erst nach ihrer Verheiratung verlangen; vorher ist aber Feststellungsklage zulässig. Dernburg 238[6]; s. JDR. **1** zu § 1620 Ziff. 3.

b) OLG. **7** 72 (KG.): Der Aussteueranspruch als Leistungsanspruch ist erst mit der Eingehung der Ehe gegeben; der gänzliche tatsächliche Mangel der Möbel und sonstigen Hausrats ist kein Erfordernis.

2. Die Adoptivtochter hat ebenfalls den Aussteueranspruch. OLG. **7** 72 (KG.).

3. Dernburg 238[5] hält den Parens für beweispflichtig hinsichtlich seiner Leistungsfähigkeit. S. JDR. **1** zu § 1620 Ziff. 4 Abs. 2.

§ 1624. 1. a) Landsberg, PosMschr. **03** 20 erörtert das Verhältnis des Mitgiftversprechens (des Schwiegervaters gegenüber dem Schwiegersohn) und des Ausstattungsversprechens (des Vaters an das heiratende Kind): nur jenes zeigt immer Leistung und Gegenleistung (Mitgift, Heirat), das Ausstattungsversprechen wird nur mit Rücksicht auf die Ehe gegeben, wenngleich der Vater dem Kinde die Heirat zur Pflicht machen und auf diesen Fall das Ausstattungsversprechen beschränken kann; in letzterem Falle ist das formlose Versprechen ohne Rücksicht auf die Höhe klagbar, sonst nur bei Angemessenheit des Betrags; das Mitgiftversprechen[1]) an den Schwiegersohn ist klagbar, selbst wenn der Klage der Tochter

[1]) Über Mitgiftversprechen OLG. Posen, PosMschr. **03** 76: Keine Rückforderung wegen Nichterfüllung der durch die Ehe begründeten Pflichten.

der Einwand des Formmangels der Schenkung wegen Übermaßes entgegenstände. S. dazu OLG. **7** 115 (KG.). Vgl. JDR. **1** zu § 1624 Ziff. 4.

b) § 1624 Abs. 1 bestimmt negativ, daß angemessene Ausstattung seitens der Eltern (vermöge der sittlichen Verbindlichkeit) keine Schenkung ist, sowie positiv, daß die elterliche Ausstattung, soweit sie übermäßig ist und eine Verpflichtung nicht besteht, als Schenkung zu betrachten ist. § 1624 läßt den Schenkungsbegriff im § 516 unberührt; deshalb ist auch bei Ausstattungsversprechen, mögen sie von Eltern oder von Fremden abgegeben sein, bei ersteren nur mit der aus § 1624 Abs. 1 folgenden Einschränkung, die Frage zu prüfen, ob sie als Schenkung nach § 516 anzusehen sind: Der Schenkungscharakter kann durch beigefügte Zweckbestimmungen ausgeschlossen werden; der Zweck des Versprechens, die Ehe zu befördern, ist aber bedeutungslos, da die Begründung des Ehestandes und die dadurch herbeigeführte Belastung des Vermögens des Mannes auf dessen eigenem Willen beruht, trotz jenes Zweckes also eine objektive Bereicherung des Mannes um den vollen Betrag der Zuwendung vorliegt (daher Formerfordernis des § 518). **RG.** JW. **03** Beil. 129, DJZ. **04** 169.

2. Die Ausstattung kann auch in der Weise erfolgen, daß die zu Ausstattungszwecken gemachte Schenkung mit einem entgeltlichen Veräußerungsgeschäfte verbunden wird. **RG. 54** 107, JW. **03** Beil. 49.

3. Die in den Grenzen der Angemessenheit zugewendete Ausstattung erklären für anfechtbar im Sinne des § 32 Nr. 1 KO. u. § 3 Nr. 3 AnfGes. außer Planck Anm. 5 zu § 1624 (s. JDR. **1** zu § 1624 Ziff. 3): Neumann Anm. 3 zu § 1624, Landsberg, PosMschr. **03** 21 (Unentgeltlichkeit wird nur ausgeschlossen durch Erlangung eines Gegenwerts oder Befreiung von einer Verbindlichkeit), Dernburg 239[9].

Leske 852[6] hält nur den das entsprechende Maß überschreitenden Teil für anfechtbar und den, welcher die Überschreitung der Angemessenheit behauptet, für beweispflichtig.

4. OLG. **7** 203 (KG.): Die Wirkung des § 1624 beschränkt sich auf den Ausschluß der Schenkungsqualität angemessener Ausstattung; darüber hinaus steht dem Kinde kein Schutz zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht auf Ausstattung zu, deshalb auch kein Beschwerderecht wegen Beeinträchtigung seines „natürlichen Rechtes“ durch eine gerichtliche Verfügung (§ 20 FrG.).

§ 1625. Diese Auslegungsregel gilt auch für die Aussteuer. Dernburg 239, Leske 853[2]; Matthiaß 336 f. JDR. **1** zu § 1625.

Eine Verwaltung nach § 1619 begründet nicht die Vermutung des § 1625. Dernburg und Leske a. a. O. (vgl. JDR. **1** zu § 1625).

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Auf dem Gebiete der elterlichen Gewalt hat vorzugsweise das Recht der Personensorge sowohl in seiner allgemeinen Bedeutung als in einzelnen Folgeerscheinungen gleichmäßig die Rechtsprechung und Wissenschaft beschäftigt. Die elterliche Sorgepflicht ist als öffentlich-rechtliche Staatsbürgerpflicht charakterisiert (s. zu § 1627) und die Unzulässigkeit der Übertragung im ganzen auf Dritte betont worden (s. zu § 1631[2]). Die Frage, ob und inwieweit die Eltern selbst unter sich die Sorge für die Person der Kinder vertragsmäßig regeln können, ist insbesondere im Anschluß an § 1635 behandelt, der überhaupt nach vielen Richtungen wieder im Vordergrunde des Interesses stand. Theorie und Praxis hat zu dieser Frage der Zulässigkeit von Verträgen der Eltern über die Verteilung der Kinder mehr und mehr im verneinenden Sinne Stellung genommen, auch das RG. hat sich dahin ausgesprochen (s. zu §§ 1632, 1635).

Im einzelnen ist die Pflichtseite der Sorge für die Person erörtert worden in bezug auf Heilung des Kindes und Zulassung operativer Eingriffe (s. zu § 1627[2]) und

bei Behandlung der Voraussetzungen des § 1666, die die Praxis sowohl nach der objektiven als nach der subjektiven Seite hin in manchen bemerkenswerten Entscheidungen näher bestimmt hat (s. zu § 1666). Im Bereiche der Personensorge ist ferner die Frage, ob aus dem Erziehungsrechte des Vaters ohne weiteres das Recht der Ausbildung des Kindes als Lehrling folge oder es hierzu eines Lehrvertrags unter Beobachtung der Vorschriften der Gewerbeorduung bedürfe, in Wissenschaft und Rechtsprechung aufgetaucht und verschieden beantwortet worden (s. zu § 1631).

Des weiteren ist die Abgrenzung der Kompetenz des Prozeßgerichts und des Vormundschaftsgerichts betreffs der Regelung der Sorge für die Person der Kinder vielfach Gegenstand theoretischer und praktischer Erörterung gewesen, und zwar in dreifacher Beziehung:

a) vor allem im Bereiche des § 1635 die Möglichkeit der Abänderung des durch Urteil des Prozeßgerichts festgestellten Sorgerechts des einen Ehegatten durch obervormundschaftliche Anordnung nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 (s. zu § 1635[1]);

b) gegenüber der Klage aus § 1632 die Wirksamkeit einer Einrede aus vormundschaftsgerichtlicher Anordnung nach § 1666 (s. zu §§ 1632, 1666 I 2b);

c) das Verhältnis einer auf Grund des § 627 ZPO. erfolgten und durchgeführten Anordnung des Prozeßgerichts zu einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts, die über die Sorge anders entscheidet (s. zu § 1666 II 2).

Für das vormundschaftsgerichtliche Verfahren nach §§ 1635 und 1666 ist die von dem KG. in ständiger Rechtsprechung angenommene Notwendigkeit der Pflegerbestellung neuerdings verteidigt, demgegenüber aber auch der bemerkenswerte Gesichtspunkt geltend gemacht worden, daß die Pflegerbestellung erst Raum gewinne, wenn dem Vater die Vertretung entzogen sei (s. zu §§ 1635 II 1, 1666 II[1] sowie JDR. **1** zu § 1635 II 1a Abs. 1 u. 2).

Aber auch die elterliche Vermögensverwaltung ist in einzelnen wichtigen Fragen Gegenstand eindringlicherer Untersuchung gewesen.

Der § 1640, der den Witwern die früher nur den Witwen obliegende Inventarisationspflicht aufbürdet, gehört zu den unbeliebtesten Neuerungen des BGB. und hat zur Folge, daß die durch die Einführung der elterlichen Gewalt der Mutter angeblich verringerte Tätigkeit der Vormundschaftsgerichte bei sachgemäßer Ausübung der Prüfungspflicht im Gegenteile vermehrt erscheint. Es ist daher begreiflich, daß man sein Herrschaftsgebiet in zeitlicher und sachlicher Beziehung aufs genaueste abzugrenzen und tunlichst einzuschränken bestrebt war. Nachdem die in der Übergangszeit brennende Frage seiner „rückwirkenden Kraft“ auf den Fall des Todes der Mutter vor 1. 1. 00 (s. JDR. **1** zu § 1640 Ziff. 1) das aktuelle Interesse größtenteils verloren, ist das Augenmerk der Untersuchung desto schärfer auf den Umfang der Inventarisation gerichtet worden. Von besonderer Bedeutung ist es, ob das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder verwandte Gütermassen zu verzeichnen sind; diese Frage ist vielfach theoretisch erörtert, und es hat sich eine herrschende Ansicht für die Verneinung gebildet, zum Teil auf der erweiterten Grundlage, daß in allen Fällen, in denen dem Vater kraft Güterrechts Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse zustehen, das Güterrecht den die väterlichen Rechte begründenden und erschöpfenden Rechtstitel bilde und § 1640 ausgeschlossen sei (s. zu § 1640).

Weiter ist im Bereiche des § 1643 das Erfordernis der obervormundschaftlichen Genehmigung bei Erbteilung, Schiedsvertrag und Vergleich, wenn in denselben zugleich über Grundbesitz verfügt wird, untersucht und im Prinzip durchgehend bejaht worden, vom RG. in besonders gearteter Anwendung auf den Schiedsvertrag über Streitigkeiten bei der Auseinandersetzung des Vermögens einer aufgelösten Handelsgesellschaft; dagegen ist die Genehmigungsbedürftigkeit der gleichzeitig mit dem Grundstückserwerb erfolgenden Hypothekbestellung für das Restkaufgeld auf dem von dem Vater für das Kind gekauften Grundstücke noch immer streitig geblieben, indem auf der einen Seite mehr die wirtschaftlichen, auf der anderen die formell-rechtlichen Gesichtspunkte betont werden (s. zu § 1643).

Im übrigen dürfte insbesondere auf folgende Punkte als solche, die eine mehr oder weniger beachtenswerte Behandlung erfahren haben, hinzuweisen sein: a) § 1644: Erstreckung der freien Verfügungsbefugnis auf die Surrogate und Grenze der Möglichkeit freier Überlassung, b) § 1662: Unzulässigkeit des Verzichts in Beschränkung auf einzelne Vermögensteile und Unmöglichkeit des Verzichts in Form eines Vertrags, c) § 1687: Nachweis hinsichtlich der Beistandsbestellung gegenüber dem Grundbuchamte (s. zu den angeführten Paragraphen).

§ 1626. Keine Pflegschaft zur Überwachung des Gewalthabers. Döllinger, WürttZFrG. **44** 67.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. 1. Duensing, Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen, 5 ff.: Der Pflichtseite der elterlichen Gewalt steht gegenüber nicht ein (zivilrechtlich klagbarer) Anspruch des Kindes, sondern ein Anspruch des Staates auf Leistung der elterlichen Fürsorge im Interesse der gesunden Entwickelung der Jugend; die elterliche Sorgepflicht ist öffentlich-rechtliche, ist Staatsbürgerpflicht. Zum Schutze des staatlichen Interesses an der gesunden Entwickelung des Nachwuchses dient die Ausgestaltung der elterlichen Gewalt als einer vormundschaftlichen Schutzgewalt („das große Mißtrauensvotum der Rechtsordnung gegen die Eltern!") mit weitgehendem Eingriffsrechte der Obrigkeit (2, 4); in dieser Beziehung erscheint die im BGB. geordnete Entziehung der elterlichen Gewalt im Verwaltungsverfahren der Vormundschaftsbehörde (statt durch Richterspruch nach früherem Rechte) als besonders charakteristisch (20). Gegenüber dieser Ausgestaltung der elterlichen Gewalt im BGB. ist die Auffassung, daß das ganze Rechtsverhältnis ausschließlich privatrechtlicher Natur sei, unhaltbar (13, 14).

2. a) Rosenberg, GS. **62** 71 ff., erörtert das Recht der Sorge für die Person mit Bezug auf operative Eingriffe: Die Sorge umfaßt die Pflege der kranken Person, die indes nicht selbst ausgeübt werden muß, sondern mit allgemeinem Auftrag oder spezieller Weisung dem Arzte überlassen werden kann; Untersagung des Gebrauchs notwendiger oder nützlicher Mittel, an sich für den Arzt verbindlich, kann einen Mißbrauch nach § 1666 darstellen; ein solcher Mißbrauch würde aber auch die Überlassung des Kindes zu wissenschaftlichen Experimenten sein. Bei Gefahr im Verzug kann der Arzt als Geschäftsführer ohne Auftrag eingreifen. Horion, Gruchots Beitr. **47** 74, hält bei Fürsorgezöglingen die Erteilung der Einwilligung zu einer Operation für Recht und Pflicht des Provinzialverbandes als Erziehers (nicht des gesetzlichen Vertreters als solchen). Vgl. im übrigen auch o. zu § 683 II Note 2.

b) **RG.** (Straff.) **36** 78 ff., JW. **03** 212 erörtert mit Bezug auf § 222 StGB. die Frage der Verletzung der elterlichen Fürsorgepflicht und verneint eine solche, solange das Tun und Lassen des Vaters von dem erkennbaren Willen der Fürsorge und bei der Wahl der Mittel von zu billigenden ethischen Rücksichten beherrscht war, selbst bei Ergreifen einer falschen und möglicherweise Gefahr bringenden Maßregel.

3. § 1627, der die elterliche Aufsichtspflicht statuiert, ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2; dies folgt schon aus der im § 832 besonders und erschöpfend getroffenen Regelung der Haftung. **RG. 53** 312.

4. Die JDR. **1** zu § 1627 Ziff. 3 Abs. 2 mitgeteilte Ansicht spricht OLG. Darmstadt auch in dem Beschlusse HessRspr. **4** 130 aus. (Dagegen **4** 175 Vollmachtserteilung.)

5. Das Recht des Vaters zur Verwaltung des Kindesguts ist unüber-

tragbar; er kann aber Vertreter und Gehilfen anstellen (§ 1658 gehört nicht hierher). Dernburg 261[10]; s. JDR. **1** zu § 1627 Ziff. 3.

6. Weyl, Name der Findelkinder: Unter die Sorge für die Person gehört auch die Beilegung des Vornamens, bei Findelkindern auch die Auswahl und Beilegung des Familiennamens. Vgl. oben zu § 12 Ziff. 3.

7. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 978 ff.: Die elterliche Gewalt ist der Ausfluß eines natürlichen und sittlichen Verhältnisses und das auf dieser eigenartigen, es auch in seinem Bestande dauernd beeinflussenden Grundlage beruhende Rechtsverhältnis ist regelmäßig der Änderung durch rechtsgeschäftliche Akte der Beteiligten nicht zugänglich. Ein vertragsmäßiger Verzicht des Vaters auf die Erziehungsrechte ist daher unwirksam.

§ 1628. Die Vertretung eines Kindes bei Verhandlungen mit der Steuerbehörde liegt dem elterlichen Gewalthaber auch dann ob, wenn das Kind eigenes Vermögen besitzt, für dessen Verwaltung ein Pfleger bestellt ist; dieser hat dem Vater die erforderliche Kenntnis über den Vermögensstand zu gewähren und die Erfüllung des Steueranspruchs aus der Pflegschaftsmasse zu dulden. PrOVG., PreußVerwBl. **24** 678.

§ 1630. 1. a) Aus § 1630 folgt nicht die Befugnis des Vaters, eine nicht von ihm kraft eigenen Rechtes (§ 340 StPO.), sondern von seinem Sohne oder dessen Verteidiger eingelegte Revision ohne Bevollmächtigung zu begründen; eine Befugnis zur Vertretung ist dem Vater als solchem durch StPO. (von § 322 und § 328 abgesehen) nicht gegeben. **RG.** DJZ. **03** 106.

b) Der Vater kann Privatklage und Strafantrag nur in seiner Eigenschaft als Vertreter des Kindes in dessen Namen erheben, nicht in eigenem Namen unter Benutzung des Kindes als Beweismittel. LG. Passau, SeuffBl. **68** 230 unter Bezugnahme auf Mot. z. EG. 127; s. JDR. **1** zu § 1630 Ziff. 1 b; vgl. Gerichtshalle **03** 520 und 193.

Gegen Strafantrag des Vaters in eigenem Namen Pollack, GS. **62** 388 ff., der zwischen Recht zum Antrag auf Bestrafung und Recht zur Antragstellung unterscheidet und den Vater wie den Vormund auf letzteres nur in der Eigenschaft eines gesetzlichen Vertreters auszuübendes Recht beschränkt.

2. a) Salinger, JW. **03** 62, hält in dem JDR. **1** zu § 1630 Ziff. 2a mitgeteilten Falle entgegen dem KG. den Vater für befugt, die Hypothek dem Eigentümer zu kündigen, weil die Kündigung nicht die Aufgabe oder Minderung der Sicherheit enthält und auch keine Verpflichtung dazu begründet.

b) Erdmann, AzivPr. **94** 302: Ist dem Vater der Nießbrauch an einer dem Kinde zugefallenen Erbschaft vermacht, so ist er nach § 181 befugt, sich den Nießbrauch im Namen des Kindes selbst zu bestellen, zutreffendenfalls mit obervormundschaftlicher Genehmigung. S. JDR. **1** zu § 1630 Ziff. 2c.

§ 1631. 1. a) Aus dem Rechte und der Pflicht des Gewalthabers, das Kind zu erziehen, folgt nicht die Befugnis des Vaters zur Lehrlingsanleitung seines Sohnes. Denn Lehrherr kann nur sein, wer den Voraussetzungen entspricht, welche in RGO. §§ 126, 126a, 129 aufgestellt werden. Deshalb muß auch der Vater als Lehrherr einen formgerechten Lehrvertrag mit seinem durch einen Pfleger vertretenen Sohne als Lehrling errichten, auf welchem die Mitunterschrift des Sohnes[1]) unentbehrlich ist. V. Hilse, A.öffR. **17** 306, Deutsche Arbeitgeber-Ztg. **02** Nr. 8, 2 und 3, CBlFrG. **3** 707, KGBl. **14** 1; vgl. auch R. **03** 177.

b) §§ 126 b, 150, 4a RGO. sind auch auf das Lehrverhältnis zwischen dem

[1]) Mitunterzeichnung des Lehrlings wesentliches Erfordernis auch in Hinblick auf § 127d RGO.; PrOVG., DJZ. 03 58; CBlFrG. 4 117 Nr. 91.

elterlichen Gewalthaber als Lehrherrn und dem Sohne als Lehrling anwendbar; dieses Verhältnis ist bei der einheitlichen Regelung des Lehrlingswesens durch die RGO. nicht lediglich als fortgesetzte Ausübung der Rechte aus § 1631 anzusehen; danach kann der Vater zwar den Beruf des Sohnes bestimmen, aber nicht innerhalb des gewählten Berufs durch seine elterliche Gewalt die Anwendung gesetzlicher Vorschriften ausschließen. OLG. Naumburg, GewA. 2 512, DJZ. **03** 60; s. auch Dronke, Buschs Z. **31** 522[3] über die Konsequenzen dieser Meinung in bezug auf § 811 Ziff. 1 ZPO.

c) Schmale, R. **03** 261: Ein Vertrag ist nicht notwendig, und deshalb entfällt das Erfordernis der Schriftlichkeit, wenn der Vater kraft elterlicher Gewalt sich der Ausbildung seines Sohnes unterzieht; der Vater muß allerdings hierzu die von der RGO. für den Lehrherrn geforderte Befähigung besitzen. Im Einzelfalle kann ein Vertrag zweckmäßig sein (z. B. Vergütung); dann ist Pflegerbestellung nötig. Vgl. auch B. Hilse, R. **03** 310.

d) **RG. 52** 69: Die Aufsicht über einen minderjährigen Lehrling kann zu verschiedenen Zeiten und Gelegenheiten verschiedenen Aufsichtspflichtigen obliegen, dem Vater, der Mutter, dem Vormunde, dem Lehrherrn. Nach den konkreten Umständen wird sich die Person des zur Aufsicht Berufenen und des Trägers der Verantwortlichkeit (§ 832) bestimmen. Der Umfang der Aufsichtspflicht bleibt aber der gleiche, insoweit nur das Aufsichtsbedürfnis des Minderjährigen in Frage kommt. Aufsichtsrecht und Aufsichtspflicht bestehen wegen seines Zustandes, weil er eben minderjährig ist; Art und Maß der Aufsicht gestaltet sich aber verschieden nach der Individualität des Minderjährigen. Er ist schon Aufsichtsbedürftiger im Sinne des § 832 wegen seines Alters, daneben kann er aus anderem Grunde, wie bei einem Lehrverhältnis, unter Aufsicht stehen. Das BGB. ordnet die Aufsichtspflicht der Eltern, des Vormundes, des Pflegers; es erschöpft aber nicht die Fälle der Aufsichtspflicht mit Verantwortlichkeit für die Handlungen der der Aufsicht Unterworfenen. S. auch o. § 832 Note 1.

e) Duensing a. a. O. 45 ff.: Aus dem Rechte des Vaters, den Beruf des Kindes zu bestimmen, in Verbindung mit der Gewerbefreiheit folgt, daß er noch nicht rechtswidrig handelt, wenn er das Kind zu einem an sich lebens- oder gesundheitsgefährlichen, aber zugelassenen Beruf oder Gewerbe anhält;[2]) z. B. Artistengewerbe, Dynamitbereitung, — abgesehen von den Vorschriften des Kinderschutzgesetzes vom 30. 3. 03 —; dabei muß er allerdings Alter, Kräfte und Lebensstellung des Kindes berücksichtigen.

2. Zu der JDR. **1** zu § 1631 Ziff. 1 b a. E. behandelten Frage siehe Stammler, Lehre vom Richtigen Rechte 428: Richtig ist Hingabe in willkürliches Belieben des Dritten im Gegensatze zu einer beschränkten Überlassung zwecks Ausbildung oder auch in einem Arbeitsvertrage.

3. Über Sorge für den Schulbesuch (vgl. JDR. **1** zu § 1631 Ziff. 1 c) Dernburg 243: Die Vorschriften über den Schulbesuch sind öffentlich-rechtlich und daher durch § 1631 nicht berührt. S. auch KGJ. **23** C 114: § 1631 will nur das Erziehungsrecht, Willensäußerungen des Kindes und unbefugten Eingriffen Dritter gegenüber sicherstellen; das Aufenthaltsbestimmungsrecht gewährt nicht das Recht, das Kind durch Unterbringung im Auslande von dem gesetzlich vorgeschriebenen Besuch einer inländischen Schule fernzuhalten.

4. Die JDR. **1** zu § 1631 Ziff. 1 d mitgeteilte Entscheidung findet sich auch PreußVerwBl. **24** 281.

---

[2]) Vgl. Schultzenstein, Grenzen der Polizeigewalt beim Schutze gegen sich selbst, DJZ. **04** 130 (kein polizeiliches Einschreiten zum Schutze der Gehilfen vor Gefahren, die der Gewerbebetrieb notwendig mit sich bringt).

5. Über angemessene Züchtigung Duensing a. a. O. 24 ff.: Züchtigungsrecht ist Gewalt zum Schutze des kindlichen Wohles, im Widerspruche mit diesem Zwecke liegt der Mißbrauch. Die Überschreitung des Züchtigungsrechts wird dann insbesondere in bezug auf psychische Mißhandlungen erörtert (38 ff.).

6. Das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht schließt nicht aus, daß die Rechtsordnung in dieser Beziehung öffentlich-rechtliche Schranken zum Schutze der Kinder zieht. Es ist aber im allgemeinen nicht Aufgabe der Polizei, im Interesse einer gedeihlichen Erziehung oder zur Verhütung geistiger oder körperlicher Verwahrlosung des Kindes unmittelbar gebietend oder verbietend einzugreifen; dies liegt vielmehr dem Vater und dem Vormundschaftsgericht ob; von Fällen augenblicklicher Gefahr abgesehen, hat die Polizeibehörde nur gerichtliches Einschreiten anzuregen. PrOVG. **39** 383 ff.

7. Das Recht des Vaters auf Unterstützung durch Gericht (und Polizei) in seinem Erziehungsrecht, insbesondere in der Bestimmung des Aufenthalts des Kindes und der Erzwingung der Rückkehr, findet naturgemäß seine Grenze darin, daß das Erziehungs- und Aufsichtsrecht nur im Interesse des Kindes ausgeübt werden darf; steht dieses Interesse entgegen, so ist gerichtliche Mitwirkung zu versagen. OLG. Darmstadt, CBlFrG. **3** 720.

Pitel, CBlFrG. **4** 13, hält polizeiliche Zurückführung eines entlaufenen Kindes nur für statthaft, wenn das öffentliche Interesse das Einschreiten der Polizeibehörde erheischt, und unterstellt die Mitwirkung bei freiwilliger Unterbringung in eine Anstalt seitens des Pflegers der gleichen Beschränkung. S. JDR. **1** zu § 1631 Nr. 3.

§ 1632. 1. a) Der Herausgabeanspruch des Vaters gegen die Mutter ist privatrechtlicher Natur und als solcher dem Prozeßrichter unterworfen; das Vormundschaftsgericht kann nur Anordnungen aus § 1666 treffen, wozu aber nicht genügt, daß eine solche (z. B. Verbleiben bei der Mutter) im Interesse des Kindes liegt. (Pflegerbestellung nötig): OLG. **6** 58 (KG.)

b) Der Herausgabeanspruch ist in einem Prozesse zu verfolgen; es handelt sich dabei nur um Rechte der Eltern, so daß Pflegerbestellung für das Kind nicht angezeigt ist. Dernburg 244 [5].

c) Vormundschaftsgerichtliche Anordnungen, insbesondere solche aus § 1666, sind auch für das Prozeßgericht maßgebend. Dernburg 244; vgl. JDR. **1** zu § 1632 Ziff. 1c.

2. § 1632 gewährt nicht ausdrücklich das Recht, auf Unterlassung künftiger Eingriffe zu klagen. Darüber, ob es allgemein eine solche Klage zum Schutze absoluter Rechte gibt, Mannhardt, DJZ. **03** 416. Vgl. auch o. zu § 241 Note 6a.

3. Das JDR. **1** zu § 1632 Ziff. 3c mitgeteilte Urteil des OLG. Jena findet sich auch ThürBl. **49** 250 mit einer Äußerung Blomeyers, daß es keineswegs zweifellos sei, ob nicht schon ein widerrechtliches Vorenthalten darin liegt, daß der Dienstherr die Tochter gegen den Willen des Vaters als Dienstmädchen in Kost und Logis bei sich behält.

4. a) Zu der JDR. **1** zu § 1632 Ziff. 5a berührten Frage s. a. Aull, HessRspr. **4** 7.

b) Dem Anspruche des Vaters auf Herausgabe seines Kindes, das dessen Mutter, seine getrennt lebende Ehefrau, zugleich mit ihrem erstehelichen Kinde bei sich hat, steht der Einwand nicht entgegen, daß der Ehemann die Aufnahme des Stiefkindes weigere und die Ehefrau zum Getrenntleben mit beiden Kindern zwinge, wenn sie nicht auf Teilnahme an der Sorge verzichten wolle. Die Weigerung ist nach § 1634 Schlußsatz widerrechtlich; die Herausgabe kann nicht von der Bedingung der Aufnahme des Stiefkindes abhängig gemacht werden. OLG. **6** 59 (Celle).

c) Auch die Mutter muß gegenüber der an sich ohne weiteres begründeten Klage des Vaters auf Herausgabe des Kindes ein Recht zur Vorenthaltung beweisen; dies folgt aus § 1634. **RG.** JW. **03** Beil. 82.

d) Ein Abkommen der Ehegatten über die Ausübung der elterlichen Gewalt (Verteilung der Kinder mit der Folge des Ausschlusses des anderen Elternteils von der tatsächlichen Sorge) ist rechtsungültig; die elterliche Gewalt als Ausfluß eines sittlichen Verhältnisses kann, von Ausnahmen abgesehen (vgl. § 1662 Satz 1), in ihrer Wirkung rechtsgeschäftlich nicht abgeändert werden.[1]) Mißbrauch der Rechte des Vaters kann im Prozesse nicht eingewandt werden (nur Anordnung nach § 1666). **RG.** JW. **03** Beil. 82; DJZ. **03** 370; R. **03** 402; Gruchots Beitr. **47** 978, ebenso OLG. **6** 60 (KG.); vgl. JDR. **1** zu § 1632, 5 b und 2 b.

Ebenso Stammler, Lehre vom R. R. 368, Verlangen der Herausgabe des Neugeborenen seitens des getrennt lebenden Vaters gegenüber der Mutter ist zwar Mißbrauch (nach dem Grundsatze des Teilnehmens im Sinne des richtigen Rechtes); es kann aber kein Prozeßeinwand darauf gegründet, sondern nur das Vormundschaftsgericht angegangen werden.

5. § 883 ZPO. gilt auch für die Herausgabe von Personen. OLG. **7** 325 (Hamb.).

§ 1634. Der Mutter steht nicht das Recht zu, im Widerspruche mit der von dem Vater getroffenen Entscheidung dem Kinde einen anderen Aufenthaltsort anzuweisen; sie macht sich hierdurch des Vergehens nach § 235 StGB. schuldig, wenn sie den Vater in Unkenntnis des Verbleibs des Kindes läßt. **RG.** (Straff.) Seuff. Bl. **68** 357, JW. **03** 213, s. a. OLG. **6** 59 (Celle) oben zu § 1632, Note 4 b.

Der die Herstellung des ehelichen Lebens mit Recht weigernden Frau läßt sich auch hinsichtlich des Verhältnisses zu den Kindern der Schutz nicht versagen, den der auf Scheidung klagenden § 627 ZPO., der geschiedenen §§ 1635, 1636 BGB., sichern; dieser Schutz gegenüber dem Bestimmungsrechte des Mannes aus § 1634 Satz 2 ist unter Anwendung des § 1354 Abs. 2 zu gewähren, z. B. wenn der Mann die Anordnung trifft nicht im Interesse des Kindes, sondern nur zwecks Ausübung unberechtigten Zwanges auf die Mutter. **RG. 55** 419 JW. **03** Beil. 146.

§ 1635. I. 1. Busch, Festgabe f. Koch (1903) 196: Im Falle des Streites über das im § 1635 Abs. 1 Satz 1 bestimmte Sorgerecht entscheidet das Prozeßgericht; die Herausgabe des Kindes wird von dem nicht berechtigten Elternteile durch Zwangsvollstreckung erzwungen. Auch wenn Urteil ergangen und die Herausgabe erzwungen ist, kann das Vormundschaftsgericht nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 im Interesse des Kindes abweichende Anordnung treffen und nach Art. 15, 17 pr. FG. durchführen (s. JDR. **1** zu § 1635 Ziff. I 2 und II 2 d). S. auch OLG. Dresden, SächsAnn. **24** 448.

2. a) Infolge der Schuldigerklärung des Beklagten im Scheidungsprozesse ist nur die Sorge für die Person der Kinder auf die Mutter übergegangen. Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt. Die Vorschriften des § 1635 sind zwingender Natur. Ein Verzicht auf die hier gedachten Rechte der elterlichen Gewalt ist nicht gestattet, wohl aber Überlassung der Ausübung der Sorgerechte an einen anderen. **RG.** JW. **03** Beil. 63.

b) Die gesetzlichen Vorschriften über die Erziehung im Falle des § 1635 können nicht durch Vereinbarung der Eltern geändert werden, dies folgt — abgesehen von den Motiven zum BGB. — daraus, daß eine abweichende Anordnung dem Vormundschaftsgerichte vorbehalten ist, das sich durch objektive

---

[1]) Vgl. Cohn, Gruchots Beitr. **47** 253.

Gründe leiten läßt, also nicht dem Belieben der Beteiligten überlassen ist. Ist die Vereinbarung nichtig, so ist auch eine Vertragsstrafe unwirksam. OLG. Kiel, SeuffA. **58** 408, OLG. **6** 169, SchleswHolstAnz. **03** 85; s. a. IDR. **1** zu § 1635 I 4, II 2e.

c) Auch ein Übereinkommen getrennt lebender Ehegatten, durch welches ein Teil dem anderen das Kind unter Ausschluß des väterlichen Rückforderungsrechts überläßt, ist als unzulässiger Verzicht auf die Rechte, die dem Vater nach § 1634 — auch im Verhältnisse zur Mutter — zustehen, unwirksam. OLG. 6 60 (KG.).

d) Ein Übereinkommen der im Scheidungsprozesse stehenden Eheleute, wonach der Sohn der Parteien der Mutter zur alleinigen Erziehung überlassen werden solle, die Mutter dagegen auf ihre Unterhaltsansprüche an den Mann verzichtet, verstößt nicht gegen die guten Sitten. Kuhlenbeck (2) Note 3 zu § 1635; ebenso Stammler, Lehre vom R. R. 427, welcher als maßgebenden Gesichtspunkt betont, daß nicht eine Maßnahme im subjektiven Interresse des Vaters, statt im Interesse des Kindes vorliegen dürfe, und weiter darauf hinweist, daß über die Gültigkeit solcher Verträge das Prozeßgericht entscheidet, das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 daneben hergeht; s. IDR. **1** zu § 1635 I 4 Abs. 3.

e) Abweichende Vereinbarungen der geschiedenen Eltern in Ansehung der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder sind nichtig, dagegen ist nicht ausgeschlossen, daß ein Ehegatte die Ausübung dieser Sorge ebenso wie einem Dritten auch dem anderen Ehegatten überlassen kann. Leske 859; s. Dernburg 244 V.

II. 1. Für Notwendigkeit der Pflegerbestellung bei Anordnungen aus §§ 1635, 1636, 1666, abgesehen von einstweiligen dringlichen Anordnungen, ist auch Dernburg 244[5], 245[9] und 247[16], da es sich um Beschränkung der Rechtsstellung der Eltern im Kindesinteresse handele und Eltern und Kind sich gegenüberstehen; s. IDR. **1** zu § 1635 II 1 a, b.

Die IDR. **1** zu § 1635 II 1 b angeführte Entscheidung des KG. betr. Anordnung in dringenden Fällen findet sich auch SeuffA. **58** 156.

2. Das Interesse des Kindes muß einer ernstlichen Gefährdung ausgesetzt sein, wenn der Eingriff in die Rechte des unschuldigen Teiles durch Übertragung der Sorge auf den schuldigen Gatten gerechtfertigt sein soll. BayrObLG. **4** 145, OLG. **7** 73, R. **03** 155.

III. 1. Die geschiedene Mutter, die nach § 1635 die Sorge für die Kinder hat, kann nicht im Namen des Kindes dessen Unterhaltsanspruch gegen den Vater geltend machen, da dieser selbst gesetzlicher Vertreter ist; auch nicht in eigenem Namen, da auch Geschäftsführung nur Ersatz bereits verauslagter Unterhaltskosten rechtfertigt, auch § 258 ZPO. nicht zutrifft. OLG. **6** 168, SeuffA. **58** 321, SchleswHolstAnz. **03** 5 (Kiel). S. IDR. **1** zu § 1635 III 2.

Gleiches gilt bezüglich der getrennt lebenden Ehefrau (§§ 1353, 1361). Die Frau ist nicht berechtigt, ihn eigenen Namens einzuklagen. Sie ist aber auch nicht gesetzliche Vertreterin der Kinder. Der Vater bleibt Gewalthaber und gesetzlicher Vertreter, solange nicht das Vormundschaftsgericht eine anderweitige Anordnung trifft. OLG. **7** 409 (Colmar).

2. Die Folgeordnung in der Unterhaltspflicht (§ 1606) ist unabhängig davon, wem die Erziehung nach § 1635 zusteht. OLG. Frankfurt a. M., R. **03** 155.

3. Denselben Einfluß wie die Scheidung übt auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf die Sorge für die Kinder aus. Leske 859; s. IDR. **1** zu § 1635 Ziff. III a. E.

§ 1636. 1. Vertragsmäßiger Verzicht des einen gegenüber dem anderen Gatten auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde ist dann zulässig, wenn er im Interesse des Kindes ist. Dernburg 246[12].

2. Die Anordnung, daß während eines längeren Aufenthalts des Kindes (Schulferien) bei dem nicht erziehungsberechtigten Elternteile die Anwesenheit einer von dem anderen Elternteil angenommenen Erzieherin zur Beaufsichtigung zu gestatten sei, bewegt sich innerhalb der dem freien Ermessen des Vormundschaftsrichters gezogenen Grenzen; der persönliche Verkehr schließt die Anwesenheit dritter Personen nicht aus. OLG. Darmstadt, CBlFrG. **4** 263.

3. JDR. **1** zu § 1636 Ziff. III: Bei bloß tatsächlichem Getrenntleben kann nur der Prozeßrichter wegen Versagung des Verkehrs mit dem Kinde angerufen werden. Dernburg 246[11].

OLG. Cöln, RheinArch. **99** 57: Zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung, die den Verkehr des einen Ehegatten mit den der Sorge des anderen überwiesenen Kindern regelt, ist während schwebenden Ehescheidungsprozesses nach § 627 ZPO. das Prozeßgericht zuständig.

§ 1637. Dernburg 246[11] hält diese Vorschrift für auffallend, wenn der für tot Erklärte nicht zurückkommt (weil er doch meistens tot, dies nur nicht nachweisbar ist), und verweist für diesen Fall auf entsprechende Anordnung des Vormundschaftsgerichts nach dem Schlußsatze des Abs. 1. — Nach Planck (zu § 1637) bezieht sich die Vorschrift überhaupt nur auf den Fall, daß sich das Leben des für tot erklärten Elternteils herausstellt, insbesondere auf die dann mögliche Wiedererlangung der elterlichen Gewalt nach § 1679.

§ 1638. Die Verwaltung des elterlichen Gewalthabers ergreift die Gesamtheit aller Vermögensrechte des Kindes, soweit sie ihm nicht im § 1638 ausdrücklich entzogen ist; sie erstreckt sich also auch auf Ansprüche gegen den Gewalthaber selbst; dieser ist bis zur Pflegerbestellung, zu der im Falle eines Interessenwiderstreits bei Zurücksetzung des Kindesinteresses durch den Gewalthaber Veranlassung vorliegt, der gesetzlich berufene Verwalter der Vermögensrechte des Kindes. KGJ. **25** A 197 (KG.).

§ 1640. 1. a) Gegen die Verpflichtung, das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu verzeichnen: Dernburg 254[2], Kuhlenbeck (2) Note 1 zu § 1640, Burhenne 58, der nur das, was bei der Auseinandersetzung dem Kinde zufällt, als dessen selbständiges Vermögen ansieht und deshalb den legislatorischen Grund des § 1640 (alsbaldige Klarstellung der Vermögenslage) nicht für hier zutreffend erachtet. Müller, RheinNotZ. **02** 261 ff., welcher hervorhebt, daß der Vater als Verwalter des Gesamtguts kraft besonderen Rechtstitels (§ 1487) nur in Ausnahmefällen (§§ 1444, 1446, 1447, 1451, 1457) der obervormundschaftlichen Aufsicht hinsichtlich des Gesamtguts unterstehe, deshalb eine Pflicht zur Inventareinreichung betreffs des Gesamtguts nur für den Fall der Wiederverheiratung ausgesprochen sei (§ 1493), und die Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft als Mittel zur Ausschließung der Inventarpflicht bezeichnet; s. JDR. **1** zu § 1640 Ziff. 2a. Die daselbst angeführte Entscheidung des KG. findet sich auch RheinNotZ. **02** 263.

b) Der überlebende Ehegatte, der an dem Nachlasse des Verstorbenen die Leibzucht nach Nassauischem Rechte hat, muß das Vermögen (eingebrachtes Gut der Verstorbenen und die ganze Errungenschaft) nach § 1640 verzeichnen. Der Überlebende hat eine Doppelstellung, er verwaltet als Leibzüchter, daneben aber auch als Gewalthaber der Eigentümer; letztere Verwaltung äußert sich namentlich in der Mitwirkung bei Verfügungen über Immobilien und in der Überwachung des Leibzüchters (Ergreifung von Schutzmaßregeln bei pflichtwidriger

Verwaltung), wobei die mögliche Interessenkollision kein gesetzliches Hindernis ist[1]) KGJ. 25 A 194 (KG.); vgl. JDR. 1 zu § 1640 2b.

Zelter, CBlFrG. 4 105 ff., folgert aus dieser Interessenkollision ein gesetzliches Verbot der elternrechtlichen Verwaltung neben der Leibzucht, wie er auch einen besonderen selbständigen Erwerb der Verwaltung an der nuda proprietas neben der „zunächst" kraft Leibzuchtsrechts erworbenen Verwaltung als Erwerb „zugleich aus doppeltem Rechtsgrunde" für juristisch unmöglich erachtet; er nimmt einen Widerspruch zwischen KGJ. 23 A 22 (JDR. 1 zu § 1640 2a) und KGJ. 25 A 194 (s. ob.) an und hält in allen Fällen, in denen dem Vater kraft Güterrechts Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse zustehen, das Güterrecht für den die väterlichen Rechte begründenden und erschöpfenden Rechtstitel und § 1640 für ausgeschlossen.

LG. Gießen, CBlFrG. 4 408, HessRspr. 4 100: Der Elternteil, der an dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten die Leibzucht nach dem Nass. Rechte hat, ist zur Inventarisation dieses Nachlaßvermögens nach § 1640 nicht verpflichtet, da diese Verpflichtung sich auf das kraft elterlicher Gewalt verwaltete Vermögen beschränkt, für Verwaltung kraft elterlicher Gewalt aber neben der Verwaltung kraft Leibzucht kein Raum ist.

c) Steht dem Kinde ein Quotenvermächtnis- oder Pflichtteilsanspruch gegen den Vater zu, so muß das Verzeichnis die Nachlaßbestandteile, deren Wert, die Nachlaßpassiva und den dem Kinde gebührenden Bruchteil des Wertes angeben. Das Vormundschaftsgericht, das hier wegen der besonderen Wichtigkeit der Wertangaben und der Gegensätzlichkeit des Interesses von Vater und Kind an der Werthöhe zu genauer Prüfung verpflichtet ist, kann, wenn die Grundlagen der Wertangaben nicht vorgelegt werden, diese selbst beschaffen oder nach Abs. 2 verfahren (s. § 1909). Seitz, SeuffBl. 68 235.

d) Nach LG. Gießen, HessRspr. 4 156 besteht keine Pflicht, das Vermögen, das zunächst einem Vorerben zugefallen ist und auf welches das Kind nur als Nacherbe Anwartschaft hat, das also noch nicht Vermögen des Nacherben ist, zu verzeichnen (§ 2121 gibt dem Nacherben nur ein Recht, zu dessen Ausübung ihn das Vormundschaftsgericht nicht zwingen kann). Ebenso Köhne, Jahresbericht der Berliner Jur.Ges. 1902/03, 75. Anders KG., JDR. 1 zu § 1640 Ziff. 2e und Burhenne 57.

2. Die Angabe der Verbindlichkeiten ist in dem Inventar nicht erforderlich. Besteht das Mündelvermögen ganz oder teilweise in dem Anteil an einer Gesellschaft oder Gemeinschaft zur gesamten Hand, so sind nach der Auseinandersetzung die in der Auseinandersetzung erhaltenen Vermögensgegenstände, nicht auch die vorhanden gewesenen oder übernommenen Schulden zu verzeichnen. Vor der Auseinandersetzung sind die Gegenstände aufzuführen, an denen der Mündel mit anderen in Gesellschaft oder Gemeinschaft zur gesamten Hand steht; möglicherweise kann von dem Vormundschaftsgerichte die Angabe des latenten Bruchteils des Mündels an dem Gesamtgute verlangt werden, aber nicht eine Angabe der Gesamtgutsverbindlichkeiten, der Ersatzforderungen und Verbindlichkeiten zwischen dem Gesamtgut und dem persönlichen Vermögen der Teilhaber oder der ausgleichspflichtigen Zuwendungen. Carlebach, DNotVZ. 03 10 ff.

3. Der Vater muß der Vorschrift des § 1640 nachkommen und kann dazu angehalten werden, bis er nachweist, daß das gesetzlich auf das Kind fallende Muttererbe durch gültiges Testament anderweit vergeben ist. OLG. Darmstadt, CBlFrG. 3 721.

---

[1]) Vgl. Dernburg IV 268[5]: Auch eine Forderung des Kindes gegen den Gewalthaber ist kraft Gesetzes dessen Verwaltung unterworfen.

4. Burhenne 56[2]: Das Vormundschaftsgericht hat als Aufsichtsbehörde das Verzeichnis zu prüfen. S. JDR. **1** zu § 1640 (S. 117 g. E.).

5. Die einzig mögliche Rechtsfolge bei Verletzung der Inventarpflicht ist, daß dem Vater die Vermögensverwaltung und Nutznießung entzogen werde. Carlebach, DNotVZ. **03** 10 ff.

6. Gläßing, A.öffR. **18** 58: Der öffentlich-rechtliche Charakter der Inventarpflicht schließt Befreiung durch Dispositionsakt des Elternteils aus; selbst landesrechtliche Nießbrauchsrechte bei übergeleiteter Ehe können hieran nichts ändern. S. JDR. **1** zu § 1640 Ziff. 5.

7. Die Kosten der Inventarisierung trägt das Kind (arg. e contr. aus §§ 1667 Abs. 2, 1669). Burhenne 61. S. JDR. **1** zu § 1640 Ziff. 6.

§ 1643. 1. Genehmigungsbedürftig ist der Erbteilungsvertrag, der über ein Nachlaßgrundstück verfügt. Dernburg 257[3], a. M. anscheinend Frese, FG. 187[18]; s. JDR. **1** zu § 1643 Ziff. 1c.

2. Über die JDR. **1** zu § 1643 Ziff. 2a behandelte Frage: Scherer, CBlFrG. **3** 829*, der obervormundschaftliche Genehmigung für den Vater verlangt, aber die Analogie der Belastung eines gütergemeinschaftlichen Grundstücks beim Erwerb ohne Zustimmung der Frau abweist, da der Ehemann, nicht aber der Vater nach Belieben Darlehen aufnehmen oder im wirtschaftlichen Resultate gleiche Geschäfte abschließen dürfe.

Dernburg 257[2] hält obervormundschaftliche Genehmigung für entbehrlich, da das Grundstück mit der Hypothek belastet in das Vermögen des Kindes gelangt; ebenso Kuhlenbeck (2) Note 1c zu § 1643.

LG. Colmar, CBlFrG. **4** 98, ElsLothrNotZ. **03** 246 hält Genehmigung der Hypothekbestellung für notwendig, als einer erst mit der Eigentumseintragung wirksam werdenden Verfügung über das Grundstück, und führt noch den wirtschaftlichen Gesichtspunkt, dessen Würdigung dem Gerichte nicht entzogen werden soll, und die Gleichheit der Wirkung der Kaufgeldshypothek mit der selbstschuldnerischen Übernahme bestehender Hypotheken an (s. JDR. **1** zu § 1822 X[3]).

Der JDR. **1** zu § 1643 Ziff. 2a angeführte Beschluß des LG. Tilsit findet sich auch PosMschr. **01** 28.

3. Irrige Annahme, daß die Ausschlagung nicht genehmigungsbedürftig sei, gibt keinen Grund zur Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist. Bolte, PosMschr. **03** 123 im Gegensatze zu einer dort mitgeteilten Entscheidung des AG. Bromberg.

4. Der Vater bedarf obervormundschaftlicher Genehmigung, wenn er Namens des Kindes eine auf dessen Grundstück lastende Hypothek bezahlt hat, und die Eigentümergrundschuld unter Umwandlung in eine Darlehnshypothek einem Dritten abtritt; § 1822[8] ist unbeschränkt anwendbar. Dernburg 259[8] im Anschluß an OLG. **5** 409 (KG.). S. JDR. **1** zu § 1643 Ziff. 3.

5. **RG. 54** 278, JW. **03** Beil. 84, R. **03** 312 hält — unter Billigung der JDR. **1** zu § 1643 Ziff. 5a angeführten Ansicht des OLG. Colmar — (s. a. ElsLothrJZ. **28** 618 ff., OLG. **6** 66) für nicht genehmigungsbedürftig einen Schiedsvertrag, der nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft durch Tod eines Gesellschafters zwischen dessen durch die elterliche Gewalthaberin vertretenen Kindern und Erben und dem überlebenden Gesellschafter geschlossen ist und die bei der Liquidation und Verteilung des Gesellschaftsvermögens entstehenden Streitigkeiten betrifft, auch dann nicht, wenn zu diesem Vermögen Grundstücke gehören; denn, da die offene Handelsgesellschaft Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist und dies in gleicher Rechtslage bis zur durchgeführten Liquidation und Verteilung verbleibt, so betrifft das Rechtsgeschäft nicht ein einem Minder-

jährigen zu einem Teile gehöriges Grundstück, sondern ein solches der Gesellschaft, das in dem bisherigen Rechtsverhältnisse verbleibt, bis es durch rechtsgeschäftlichen Akt aus dem Vermögen der Liquidationsgesellschaft ausgeschieden oder diese endgültig aufgelöst ist.

In einer Besprechung dieses Urteils betont Hachenburg, DJZ. **03** 438, den großen Wert dieser Folgerung aus dem Wesen der Handelsgesellschaft für den Handelsverkehr und erörtert weitere Konsequenzen (Unanwendbarkeit des § 313 auf einen Vertrag betr. Übernahme des Grundstücke enthaltenden Gesellschaftsvermögens durch den überlebenden Sozius).

6. LG. Straßburg, ElsLothrNotZ. **03** 374 hält obervormundschaftliche Genehmigung für erforderlich zum Antrage des elterlichen Gewalthabers auf Zwangsversteigerung von Grundstücken zwecks Aufhebung der Gemeinschaft, gleich wie bei dem Vormund, da dieser Antrag nach der Entstehungsgeschichte des § 181 ZwVG. wie eine Verfügung über ein Grundstück behandelt werden sollte. Dagegen Muths daselbst 376: Wortlaut des Gesetzes; Antrag ist nicht Verfügung, sondern lediglich eine besonders geregelte Teilungsklage nach § 749 BGB..

7. § 1643 bezieht sich nur auf Rechtsgeschäfte, die der Gewalthaber in dieser Eigenschaft, nicht in Ausfluß güterrechtlicher Befugnisse (als Verwalter des Samtguts) vornimmt. OLG. **6** 283 (KG.).

8. Für die Gerichtszuständigkeit ist maßgebend der Zeitpunkt des Einganges des Gesuchs bei Gericht. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 570.

§ 1644. Auch die mit freigegebenen Mitteln von dem Kinde selbst angeschafften Gegenstände unterliegen der Beschränkung des § 1644. In der Regel sind die mit solchen Mitteln angeschafften Sachen überhaupt nicht als zur freien Verfügung des Kindes stehend anzusehen (keine Surrogation), es müßte denn der Wille des Vaters dahin gehen; zu einer solchen Freigabe ist der Vater aber nur befugt, wenn es sich nicht um Gegenstände handelt, über die nur mit obervormundschaftlicher Genehmigung verfügt werden kann. Boethke, DJZ. **03** 450.[1])

Riezler, DJZ. **03** 565, erblickt zwar in der Überlassung der Mittel zur freien Verfügung eine stillschweigende Zustimmung zur Verfügung über die Surrogate, läßt die Verfügungsmacht des Kindes an den im Elternrechte gezogenen Grenzen der freien Zustimmungsmacht des gesetzlichen Vertreters aber ihre Schranke finden, also sich nicht erstrecken auf Geschäfte, die der obervormundschaftlichen Genehmigung bedürfen.

§ 1645. Breit, CBlFrG. **4** 392, erörtert die Bedeutung der obervormundschaftlichen Genehmigung mit den JDR. **1** zu § 1645 Ziff. 1a, b angeführten Ergebnissen und der weiteren Folgerung, daß gegen den gesetzlichen Vertreter, der im Namen des Kindes ein unter §§ 1, 2 HGB. fallendes Gewerbe betreibt, aber nicht zum Handelsregister anmeldet, der Registerrichter mit Ordnungsstrafen vorzugehen hat, auch wenn der Betrieb obervormundschaftlich nicht genehmigt ist.

§ 1646. Rümelin, AzivPr. **93** 196: Die Ausnahme, daß der Vater nicht für Rechnung des Kindes erwerben will, könnte an sich sowohl auf die innere Absicht des Handelnden als auf den objektiven Sinn seiner Erklärung bezogen werden, ist aber richtiger auf den objektiven Erklärungssinn zu beziehen.

---

[1]) ⟹ Das von Boethke angeführte Beispiel einer von dem Kinde mit dem freigegebenen Gelde angeschafften Hypothek paßt nicht; es geht von der irrigen Annahme aus, daß der Vater zur Verfügung über eine von ihm für das Kind erworbene Hypothek der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, während er frei verfügen kann (§ 1643 verb. mit § 1821 Abs. 2). Dies übersieht auch Riezler a. a. O. — Red. ⟸

§ 1647. Bezirksnotar Planck, WürttZFrG. **44** 326 f.: Entweder beschränkt sich § 1647 Abs. 1 auf den Fall, daß zur Zeit der Konkurseröffnung die Vermögensverwaltung begonnen hat, also das Kind geboren ist und Vermögen besitzt, oder es ist für das Endigen der Vermögensverwaltung ein Beginn derselben nicht Voraussetzung, also selbst der im ledigen Stande erfolgte Konkurs Hindernis für das Verwaltungsrecht des späteren Vaters und auch der vor der Geburt des Kindes beendigte Konkurs Hinderungsgrund für das Verwaltungsrecht, der nur nach Abs. 2 des § 1647 beseitigt werden kann; die letztere Meinung ist die dem Sinne des Gesetzes entsprechende. Anders Planck, JDR. **1** zu § 1647 Abs. 2.

Nach Aufhebung des Konkurses hat der Vater kein Recht auf Wiederübertragung der Vermögensverwaltung; die Wiederübertragung hängt vielmehr von dem durch eine vernünftige Erwägung der festgestellten Tatsachen geleiteten Ermessen des Vormundschaftsgerichts ab. (Notwendigkeit neuer Sicherungsmaßregeln im Falle der Wiederübertragung kann Grund sein, diese abzulehnen.) BayrObLG., SeuffBl. **68** 16.

Das Vorzugsrecht des § 61 [5] KO. genießt auch eine Forderung des Kindes gegen den Gewalthaber, die nicht auf Gesetz, sondern Vertrag (Gegenleistung für einen verkauften Erbteil) beruht, da auch eine solche Forderung kraft Gesetzes der elterlichen Verwaltung unterworfen ist. OLG. Dresden, SächsA. **13** 635, OLG. **6** 238.

§ 1648. Als Aufwendungen gelten nicht solche Dienste des Vaters, die zu dessen Gewerbe oder Beruf gehören. Dernburg 261 [11]; s. JDR. **1** zu § 1648.

§ 1649. Die Nutznießung ergreift auch unübertragbare Rechte, sofern deren Ausübung durch einen anderen möglich ist. Dernburg 261; s. JDR. **1** zu § 1649 Abs. 1.

Der Vater darf kraft seines Verwaltungsrechts auch die Sachen umgestalten, an denen er die Nutznießung hat. Dernburg 263, s. JDR. **1** zu § 1649.

§§ 1650, 1651. 1. Patengeschenke unterliegen in der Regel der Nutznießung, wenn sie nicht dem persönlichen Gebrauche des Kindes ausschließlich bestimmt sind oder der Schenker bei der Zuwendung anders verfügt hat. Leske 867; s. JDR. **1** zu §§ 1050, 1051 Ziff. 1c.

2. a) Auch das freie Vermögen untersteht der elterlichen Verwaltung, nur solche Gegenstände nicht, die das Kind durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts im Falle des § 112 BGB. erwirbt. Leske 868 [5]; s. Dernburg 262.

b) Schefold, AzivPr. **94** 305 ff.: Ein gemäß §§ 112, 113 BGB. gemachter Erwerb ist als solcher nicht von der elterlichen Verwaltung ausgeschlossen; soweit aber die Verfügung über den Erwerb zu den in §§ 112, 113 bezeichneten Rechtsgeschäften gehört (z. B. Verwendung des im Geschäft erworbenen Geldes zum Warenankauf im Gegensatze zum Erwerb eines Landhauses), ist die elterliche Verwaltung und auch die gesetzliche Vertretung im Prozeß ausgeschlossen.

Der eingezogene Lohn unterliegt der elterlichen Verwaltung (a. a. O. 308). Der Vater kann ihn aber stillschweigend dem Kinde zur freien Verfügung überlassen. Planck (3) Note 2 a. E. zu § 113.

3. Der Arbeitsverdienst der ausreichend arbeitsfähigen und deshalb nicht mehr unterhaltsberechtigten Kinder ist deren freies Vermögen nach § 1651 und macht sie wirtschaftlich selbständig; sie gehören deshalb nicht mehr zu den Familiengliedern im Sinne des § 811 [1] ZPO. Dronke, Buschs Z. **31** 522 im Anschluß an einen Beschluß des LG. Cöln daselbst 520.

§ 1654. OLG. **7** 73 (KG.): Kostenvorschußpflicht des Vaters in dem von dem Kinde gegen ihn geführten Prozeß ist davon abhängig, daß das Kind

Vermögen besitzt, an dem dem Vater die Nutznießung zusteht (§ 1387 ist nicht entsprechend anwendbar). A. M. OLG. Breslau, Bresl. AK. **03** 43 (vgl. auch OLG. **5** 472). — Die Ansicht des KG. ist vom **RG.** (11. 5. 03) unter Hinweis auf die Möglichkeit, das Armenrecht für das Kind zu erlangen, gebilligt (OLG. **7** 74 Anm. 1).

LG. Meseritz, PosMschr. **01** 43: Für die Anwendung des § 1654 ist es gleichgültig, ob der Rechtsstreit von dem Vater oder dem Kinde, insoweit es prozeßfähig ist, geführt wird; die Tragung der Lasten ist auch unabhängig von dem Umfange der Nutzungen (Schutz durch § 1662).

§ 1661. Die verlorene Nutznießung lebt nicht wieder auf, wenn die Ehe der Tochter aufgelöst wird, sei es durch den Tod des Mannes, sei es durch Scheidung. Die Nutznießung gilt als nicht verloren, wenn die Ehe für nichtig erklärt wird. Dernburg 264.

§ 1662. 1. Dernburg 265[9] läßt nur einen Verzicht auf die Nutznießung im ganzen zu, da es dem Vater nicht freigestellt sein dürfe, die Nutznießung an Gegenständen, die ihm Lasten auferlegen, abzuwerfen, an anderen zu behalten. S. JDR. **1** zu § 1662 Ziff. 2.

2. Breit, SächsA. **13** 299: Der Verzicht ist seiner Form (Erklärung gegenüber der Behörde) wegen absolut einseitiges Geschäft; er bleibt dies auch, wenn der im Falle des § 1647 bestellte Pfleger zu dem Verzicht des Vaters auf die an sich verbliebene Nutznießung konsentiert; er kann mit einem vor dem Vormundschaftsgerichte geschlossenen Vertrage nur zufällig und äußerlich, nicht wesentlich verbunden werden, nachträgliche Genehmigung des Vormundes des entmündigten Vaters heilt nicht die Unwirksamkeit des Verzichts (s. a. 301). S. a. Breit, Geschäftsfähigkeit I 181.

§ 1666. I. 1. Über Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen handelt Duensing; s. namentlich 20 ff.: Grausame Behandlung, Vernachlässigung, Anhalten zu unangemessener Arbeit usw.

2. a) Jeder der drei Tatbestände des § 1666 setzt ein Verschulden des Vaters voraus. (Planck Anm. 1 und 6 zu § 1666; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1666.) Die Geltendmachung des gesetzlichen Rechtes auf Herausgabe des Kindes (§ 1632) kann, selbst wenn im Falle der Realisierung des Anspruchs das geistige und leibliche Wohl des Kindes gefährdet sein würde, als ein Mißbrauch und damit als eine schuldhafte Handlung nicht angesehen werden. OLG. Jena, ThürBl. **50** 117 ff.; s. JDR. **1** zu §§ 1632 Ziff. 5 und 1666 Ziff. I 2a.

b) Mißbrauch kann auch die Rückforderung des Kindes gegen dessen Interesse aus der Obhut von Pflegeeltern sein, daher kann das Vormundschaftsgericht diesen die weitere Erziehung übertragen, so daß der Herausgabeanspruch des Vaters zusammenfällt. Dernburg 244.

c) Rohes und gefühlloses Verhalten des Vaters gegenüber der Frau, das auf ein gleiches Verhalten gegenüber dem Kinde im Falle der Herausgabe des letzteren an ihn schließen läßt, kann Maßregel nach § 1666 rechtfertigen: das Verlangen der Herausgabe des gut untergebrachten Kindes ist in solchem Falle gefährdender Mißbrauch der Sorge. BayrObLG., R. **03** 528.

d) OLG. **7** 419 (KG.): Der Vater des (landesrechtlich) religionsmündigen Kindes, das ein anderes Bekenntnis gewählt hat, behält die elterliche Gewalt in vollem Umfange, nur darf er keinen Zwang gegen das Kind bei Betätigung des gewählten Bekenntnisses üben; ein Mißbrauch ist es noch nicht, wenn der Vater als Haupt der Familie auf die Glieder in deren religiösen und politischen Anschauungen einzuwirken sucht, sofern diese Einwirkung sich in angemessenen Grenzen hält (Belehrung, Bekanntmachen mit anderen Meinungen — im Gegensatze zu einer

förmlichen Wiederholung der abgeschlossenen religiösen Erziehung im Hause eines Geistlichen des Bekenntnisses des Vaters).

3. a) Schuldhafte Vernachlässigung ist die Zulassung von Mißhandlungen durch die Stiefmutter. OLG. 6 289 (KG.); s. auch OLG. 6 62 (BayrObLG.), JDR. 1 zu § 1666 I 3.

b) Maßregeln aus § 1666 finden nur bei Verschulden des Gewalthabers statt, also nicht, wenn dieser unzurechnungsfähig ist. BayrObLG., R. 03 483; vgl. Brunswig, Handlungsfähigkeit 77. S. auch KGBl. 14 60 (KG.): Eine bloß objektive Verletzung der Unterhaltspflicht ist noch keine schuldhafte Vernachlässigung, wie sie § 1666 voraussetzt.

4. a) Über ehrloses und unsittliches Verhalten und Mißbrauch (JDR. 1 zu § 1666 I Ziff. 4) Stammler, Lehre v. richt.R. 366: Ehrlos nicht sachlich verschieden von unsittlich, welches nicht im engeren Sinne zu nehmen ist. Der Vater verfährt unrichtig, wenn er bloß im eigenen Interesse handelt, das Kind als Mittel zu seinen Zwecken gebraucht.

b) Unsittlicher Lebenswandel der Mutter kann Gefährdung des Kindes auch bei tatsächlicher Trennung, zumal diese jederzeit aufgehoben werden kann, im Gefolge haben. OLG. 6 288 (KG.); s. auch OLG. 6 62 (KG.), JDR. 1 zu § 1666 I 4a.

Trunksucht als unsittliches Verhalten: OLG. 6 170 (KG.).

5. Die JDR. 1 zu § 1666 I 4e angeführten Entscheidungen finden sich auch SeuffA. 58 321, die des BayrObLG. auch OLG. 6 63 und BayrOb LG. 3 802 f. (R. 03 582.)

Die Maßregeln des § 1666 setzen eine gegenwärtige Gefährdung des Kindeswohls voraus; es muß eine tatsächliche Vernachlässigung vorliegen, nicht nur eine künftige zu befürchten sein. BayrObLG. 4 85, R. 03 129; s. JDR. 1 zu § 1666 I 4e.

Gegenwärtige Gefährdung kann angenommen werden, wenn die Mutter sich in naher Vergangenheit eines unsittlichen Verhaltens schuldig gemacht und Neigung zu Wiederholung gezeigt hat. BayrObLG. 4 153, R. 03 181.[1])

Das Kindeswohl muß tatsächlich gefährdet sein, Besorgnis zukünftiger Gefährdung genügt nicht. OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. 03 336.

KGJ. 26 A 28 ff. (KG.): Weist der Vater die ihm gebotene Gelegenheit, seinem nicht vollsinnigen Kinde die erforderliche besondere Erziehung zuteil werden zu lassen, zurück, so kann darin [vgl. auch KGJ. 23 A 50 (KG.)] ein das geistige Wohl des Kindes gefährdender Mißbrauch des väterlichen Rechtes gemäß § 1666 erblickt werden. Wenn jedoch diese Gefährdung und Weigerung der Eltern nicht in einem widerstrebenden pflichtwidrigen Verhalten, sondern in dem Mangel der wirtschaftlichen Durchführbarkeit der Anstaltserziehung ihren Grund hat, so ist die Voraussetzung des § 1 FrGG. Nr. 1 nicht gegeben.

II. 1. a) Für Pflegerbestellung auch bei Anordnungen aus § 1666 Dernburg 244^{5} und 247^{16} und OLG. 6 59 (KG.); s. oben zu § 1635 II 1 und JDR. 1 zu § 1666 II 2b.

b) Anordnung der Zwangserziehung nach § 1666 nicht ohne Pflegerbestellung. OLG. 6 61 (Dresden); s. JDR. 1 zu § 1666 II 2b Abs. 3.

Dazu Salinger, JW. 03 62: Ehe der Pfleger für das Entziehungsverfahren bestellt werden kann, muß dem Vater die Vertretungsbefugnis für dieses Verfahren entzogen und dadurch Verhinderung und Raum für die Pflegschaft gewonnen sein.

---

[1]) Vgl. Juristische Blätter 03 93.

2. a) Der Eherichter hat nach § 627 ZPO. nur die Wahl, die Sorge dem einen oder anderen Ehegatten zu überweisen, er wird nur auf Antrag tätig und entscheidet auf Grund der Parteibehauptungen und Beweismittel. Schutzbedürfnis des Kindes ist nicht Voraussetzung, wennschon gleichzeitige Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Regelung des Streites der Eltern nicht ausgeschlossen ist. Dagegen schreitet der Vormundschaftsrichter nach § 1666 von Amts wegen im ausschließlichen Kindesinteresse ein und ist in der Wahl seiner Anordnungen hinsichtlich der Unterbringung des Kindes unbeschränkt. Der Vormundschaftsrichter kann daher, trotz erfolgter Regelung durch den Eherichter, im Bedürfnisfall einschreiten und dem Elternteile die diesem von dem Prozeßrichter überwiesene Sorge entziehen. KGJ. **26** A 185 (KG.), OLG. **7** 75, R. **03** 395, CBlFrG. **4** 132, RJA. **3** 223. S. JDR. **1** zu § 1666 II 2.

b) Busch, Festgabe für Koch (1903) 197 ff.: Nach Beginn und für die Dauer des Scheidungsprozesses kann das Prozeßgericht auf Antrag durch einstweilige Verfügung nach § 627 ZPO. wegen der tatsächlichen Personensorge für die Kinder Anordnung treffen (Regelung der Erziehung, des Aufenthalts und Verkehrs bis zur Übertragung der Sorge überhaupt auf einen Elternteil und Herausgabe des Kindes, §§ 928, 883 ZPO.), wobei die Mitberücksichtigung des Kindeswohls nicht ausgeschlossen, in erster Linie aber Regelung der Rechte der Eltern untereinander bezweckt ist. Trotz dieser prozeßrichterlichen Anordnung und deren Vollstreckung kann der Vormundschaftsrichter, wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen (schuldhaftes Verhalten des Elternteils), andere, auch über die Prozeßdauer wirksame Anordnungen (Entziehung der Sorge, Unterbringung in einer Familie oder Anstalt) im ausschließlichen Interesse des Kindes treffen und die Wiederherausgabe des Kindes nach Art. 15, 17 PrFrGG. erzwingen; s. JDR. **1** zu § 1666 Ziff. II 2.

III. 1. Pitel, CBlFrG. **4** 11: Das Vormundschaftsgericht hat die einzelne Familie oder Anstalt zu bezeichnen, in der das Kind unterzubringen ist; sein Eingreifen beseitigt das Erziehungsrecht des Vaters, es ist Bestellung eines Pflegers geboten, der aber nur die Erziehungstätigkeit der Familie oder Anstalt zu überwachen hat. A. A. Schultheis, s. JDR. **1** zu § 1666 Ziff. III. Auch nach Horion, DJZ. **03** 294 ist die Durchführung der auf Grund der §§ 1666, 1838 angeordneten Zwangserziehung Sache eines zu bestellenden Pflegers; ebenso KGJ. **25** A 204 (KG.).

2. Über das Verhältnis des § 1666 zur Fürsorgeerziehung (F.E.) s. OLG. **7** 78 ff. (KG.). Von der technischen Fürsorgeerziehung sind die Maßregeln der §§ 1666, 1838 wesentlich unterschieden. So sind die auf Grund des § 1666 angeordneten Maßnahmen, z. B. die bloße Trennung von dem elterlichen Haushalte, nicht als F.E. im Sinne des Gesetzes vom 2. 7. 00 anzusehen. Diese darf nicht angeordnet werden, wenn die Maßnahmen aus § 1666 zur Verhütung der Verwahrlosung des Minderjährigen ausreichend sind. Hieraus folgt, daß auch ein sittlich unverdorbenes Kind, wenn die aus § 1666 zulässigen Maßregeln sich als undurchführbar erweisen, der F.E. überwiesen werden kann. — S. auch 83 ff.: Betonung der Subsidiarität des FEG. gegenüber dem § 1666.

OLG. **7** 418 (KG.): Fürsorgeerziehung setzt nicht vorherige Erschöpfung der Maßregeln des § 1666 voraus, es genügt deren Undurchführbarkeit oder voraussichtliche Unwirksamkeit.

3. Leo, DJZ. **03** 247, bejaht das Beschwerderecht des Armenverbandes gegen einen auf Grund des § 1666 ergangenen Beschluß, der der Mutter die Sorge für die Person des Kindes entzieht und dessen anderweite Unterbringung anordnet, da dem Armenverbande hierdurch Pflichten auferlegt werden (§ 20, nicht

57[9] FrGG.); er bespricht zwei Beschlüsse des OLG. Hamburg v. 2. 4. und 12. 11. 02, deren erster (KGJ. 24 D 6, s. JDR. 1 zu § 1666 vor IV) die Beschwerde zuläßt, weil das Recht des Armenverbandes, nicht hilfsbedürftigen Personen Unterstützung zu versagen, beeinträchtigt werde, wenn zu Unrecht nicht hilfsbedürftige Personen hilfsbedürftig gemacht würden, während der zweite Beschluß (SeuffA. 58 301) die Beschwerde für unzulässig erklärt, weil die angefochtene Entscheidung durch die tatsächlichen Feststellungen getragen würde und nur angeblich zu Unrecht Verwahrlosung des Kindes durch Schuld der Mutter annehme, und weist darauf hin, daß die Aktivlegitimation zur Beschwerde nicht davon abhängen könne, ob ein rechtlicher oder tatsächlicher Irrtum des angefochtenen Beschlusses behauptet werde. Dernburg 328[17] hält letztere Entscheidung des OLG. Hamburg für verfehlt. KGJ. 26 A 183 (KG.) hält den Armenverband für beschwerdeberechtigt sowohl nach § 57[9] FrGG., da der Armenverband in Ausübung der Unterstützungspflicht berufen ist, sich um das persönliche Wohl des Kindes zu kümmern, als auch nach § 20 FrGG., weil er die durch die Trennung des Kindes vom Elternhause verursachten Kosten tragen muß. Für Beschwerderecht des Armenverbandes auch Pitel, CBlFrG. 4 60.

OLG. Dresden, SeuffA. 58 431 gibt dem Großvater als eventuell Unterhaltspflichtigen Beschwerderecht gegen den auf Unterbringung des Enkels in einer Erziehungsanstalt lautenden Beschluß, da hierdurch der Erziehungsaufwand vergrößert und geändert würde und deshalb für jenen ein Interesse im Sinne des § 57[9] FrGG. vorläge.

4. Über die Frage, ob u. U. der Armenverband verpflichtet ist, — s. oben III 4 —, den auf Grund des § 1666 ihren Eltern entzogenen noch unverdorbenen Kindern Unterstützung zu gewähren, vgl. OLG. 7 81 ff. (KG.). Mit dem Bundesamte für das Heimatwesen ist anzunehmen, daß durch die vom Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1666 angeordnete anderweite Unterbringung erwerbsunfähiger und vermögensloser Kinder u. U. eine Hilfsbedürftigkeit im armenrechtlichen Sinne hervorgerufen und damit die Verpflichtung des Armenverbandes zur Gewährung der Unterstützung begründet werden kann. An dem früheren Rechtszustand ist nichts geändert. Durch das FEG. sollten weder die Armenverbände von einer ihnen bis dahin obliegenden Last befreit und diese Last auf die Träger der F.E. abgewälzt, noch der Wirkungskreis des § 1666 eingeschränkt werden.

Vgl. ferner OLG. 7 87 ff. (KG.): Eine vom Vormundschaftsgerichte gemäß §§ 1673, 1686, 1698, 1909, 1666 getroffene Anordnung muß von den Behörden der Armenverwaltung als maßgeblich angesehen werden, so daß sie das Kind unterstützen müssen, wenn es durch die Anordnung hilfsbedürftig im armenrechtlichen Sinne wird. Doch braucht der Armenverband regelmäßig keine Aufwendungen zu reinen Erziehungszwecken zu machen. U. U. sind Maßregeln aus § 1666 zu treffen und nötigenfalls auf Kosten des zuständigen Armenverbandes zur Durchführung zu bringen, event. aber muß die Fürsorgeerziehung angeordnet werden. Doch ist an dem Grundsatze festzuhalten, daß diese erst angeordnet werden darf, nachdem andere Maßregeln zur Sicherung einer geordneten Erziehung versagt haben. Bei Prüfung dieser Frage hat das Vormundschaftsgericht auch die Unterstützungspflicht des Armenverbandes selbständig festzustellen. Die bloße Möglichkeit, daß die ihm vorgesetzten Behörden abweichend von obigen Grundsätzen die Verpflichtung der Armenverbände zur Unterstützung von Kindern im Falle einer Anordnung aus § 1666 verneinen, kann das gerichtliche Fürsorgeerziehungsverfahren nicht beeinflussen. Es würde event. mit dieser Verneinung eine neue Tatsache gegeben sein, die die Einleitung eines neuen Fürsorgeerziehungsverfahrens gestattet und erfordert. S. JDR. 1 zu Art. 135 Ziff. 4.

IV. Die elterliche Gewalt als solche kann auf Grund des § 1666 nicht entzogen werden, sondern nur ihre einzelnen Bestandteile, was aber tatsächlich zur Entziehung der Gewalt führt. Leske 876[3]; s. JDR. **1** zu § 1666 Ziff. IV.

OLG. **6** 170 und **7** 418 (KG.): Beim Vorliegen der Voraussetzungen kann auch die Entziehung der elterlichen Gewalt ausgesprochen werden, worin zusammenfassend die nach § 1666 zulässige Entziehung sämtlicher Bestandteile der Gewalt enthalten ist.

Über das für Maßregeln aus § 1666 zuständige Gericht BayrObLG. **3** 90, wo auch ausgesprochen wird, daß § 47 Abs. 1 FrGG. auf solche Maßregeln sinngemäße Anwendung leidet.

OLG. **7** 97 (KG.): Die weitere Beschwerde wird in einem Falle für unzulässig erklärt, wo das LG. die amtsgerichtliche Anordnung der Fürsorge zwar aufgehoben, wohl aber gemäß § 1666 die Sorge für die Person dem Vater entzogen und einem Pfleger übertragen hatte.

§ 1667. Der Inhaber der elterlichen Gewalt unterliegt weder hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes, noch bezüglich der Vermögensverwaltung der fortlaufenden und ständigen Beaufsichtigung durch das Vormundschaftsgericht. (Dernburg IV § 73 Ziff. IV; Endemann II § 198 Anm. 21; Cosack II § 313 Ziff. 6a; Planck, Vorbem. 1 zu § 1626; Heinsheimer II 252; Hallbauer, Verwandtenrecht 80 § 13; a. M. LG. Heidelberg, BadRpr. **01** 213 und 30.) Wenn die Voraussetzungen des § 1667 nicht gegeben sind, ist das Vormundschaftsgericht nicht befugt, dem elterlichen Gewalthaber vorzuschreiben, in welcher Weise das Vermögen des Kindes anzulegen ist, oder von ihm den Nachweis der mündelsicheren Anlegung des Vermögens zu verlangen. LG. Freiburg, BadRpr. **03** 341.

§ 1667 läßt nicht völlig freie Hand in der Wahl der Maßnahmen, Entziehung der Vermögensverwaltung ist nur unter den Voraussetzungen des § 1670 zulässig. OLG. **6** 289 (KG.).

Die begründete Besorgnis einer Schädigung muß gegenwärtig bestehen. BayrObLG., R. **03** 552.

Maßregeln aus § 1667 nur gegen den Gewalthaber, nicht gegen Dritte; die Vernehmung des Schuldners einer Mündelforderung, ob er diese an das Gericht statt an den Vater zahlen und so freiwillig zu einer Sicherungsmaßregel für das Kind mitwirken wolle, ist aber kein Zwang gegen Dritte; ein Ersuchen um solche Vernehmung darf nicht aus diesem Grunde abgelehnt werden. OLG. **6** 496 (Jena).

§ 1669. Leske 879 beschränkt die Auseinandersetzungspflicht auf das nicht freie Vermögen, während er Inventarisation des der väterlichen Verwaltung unterliegenden Vermögens fordert. [1])

Angabe des Gesamtwerts bei Haushaltsgegenständen hält für genügend Burhenne 48[2] (s. JDR. **1** zu § 1669 II 1a).

Die zu JDR. **1** zu § 1669 II 3b angeführte Entscheidung findet sich auch KGJ. **24** A 155. Ebenso OLG. **7** 119 (KG.).

§ 1670. Das Landesrecht kann den Vater zu den in §§ 1667, 1668, 1640, 1669 ihm auferlegten Pflichten, soweit es sich nicht um Erzwingung der Sicherheitsleistung handelt, durch besondere Zwangsmittel, z. B. Geldstrafen, anhalten. Köhne, Jahresber. der Berliner Jur.Ges. 1902/03 96 (s. R. **03** 72).

Die Entziehung der Vermögensverwaltung wegen Verstoßes gegen § 1669

---

[1]) ➳ Da Leske 868[3] auch das freie Vermögen regelmäßig der Verwaltung des Gewalthabers unterworfen erachtet, so ist es fraglich, ob die obige Beschränkung nicht nur auf einem Fehlgriff im Ausdrucke beruht (Schultheis). ⟵

setzt nur die tatsächliche Unterlassung der Inventareinreichung bzw. Auseinandersetzung voraus; die rechtliche Zulässigkeit der Maßregel ist von einem besonderen Grade des Verschuldens, einer Gefährdung oder einer vorhergehenden Anordnung nicht abhängig. OLG. **7** 423 (KG.).

§ 1673. Die Anordnung einer Pflegschaft zur vertragsmäßigen Feststellung der Ansprüche des Kindes gegen den Vater aus Pflichtteil- oder Quotenvermächtnis kann ohne vorheriges Gehör des Vaters erfolgen, da sie in dessen Vertretungsmacht nicht eingreift, ihm insoweit vielmehr schon kraft Gesetzes die Vertretungsmacht fehlte; anders bei Pflegschaft zum Zwecke der Leistung der Schuldsumme, da der Vater die Erfüllung auch selbst bewirken kann. Seitz, SeuffBl. **68** 254, 257 ff.

Stammler, Richt.R. 368: Ob die Anhörung tunlich ist, hängt davon ab, welchen Wert diese Vervollständigung des Materials für den fraglichen Zweck hat, das einzusetzende Mittel muß nicht größere Opfer verlangen, als es Vorteile gewährt.

§ 1673 Abs. 2 ist zwar nur eine Ordnungsvorschrift, ihre Nichtbefolgung ist aber eine Gesetzesverletzung, wenn infolgedessen die Entscheidung keine Gewähr für erschöpfende Würdigung der Verhältnisse bietet. BayrObLG., CBlFrG. **3** 729 Nr. 377, R. **03** 129, s. auch BayrObLG. **3** 24 und Josef, R. **03** 515 (Befolgung vom Beschwerdegerichte von Amts wegen zu prüfen), vgl. JDR. **1** zu § 1673.

§ 1675. Es handelt sich nicht um ein wirkliches Aufsichtsrecht über die unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder, geschweige denn um eine ständige Beaufsichtigung, sondern nur um eine Anzeigepflicht des Gemeindewaisenrats, wenn er von einem zum Eingreifen verpflichtenden Vorfalle Kenntnis erhält. Vgl. Eise, Der Gemeindewaisenrat im Deutschen Recht 112.

§ 1676. Die nach § 1676 Abs. 2 verbleibende Sorge für die Person des Kindes ist eine persönliche Angelegenheit des Gewalthabers im Sinne des § 59 FrG. KGJ. **24** A 148 (KG.).

Aull, HessRspr. **4** 8: Die geschäftsbeschränkte uneheliche Mutter hat das ihr nach § 1707 zukommende Sorgerecht mit der auf § 1676 Abs. 2 beruhenden Maßgabe, daß dem Vormunde die entscheidende Stimme zusteht; bei Geschäftsunfähigkeit der unehelichen Mutter ruht das Sorgerecht, ebenso im Falle des § 1677.

§ 1677. § 1677 ist auch auf die einen Teil der elterlichen Gewalt bildende Sorge nach §§ 1707, 1696, 1697 anwendbar. Schäfer, R. **03** 303.

§ 1679. Die Wiedererlangung der elterlichen Gewalt ändert nicht die Rechtslage der Zwischenzeit, anders als bei Rückkehr des für tot erklärten Kindes; letzterenfalls hatte er seine Nutznießung und sonstigen Rechte nur der Vermutung nach verloren, die nun der wirklichen Rechtslage weichen muß. Dernburg 266, vgl. Fuchs, Gruchots Beitr. **47** 755 und 757.

§ 1679 Abs. 1 und Abs. 2 finden auch auf das Sorgerecht der unehelichen Mutter (§ 1707) Anwendung, da dieses, soweit irgend möglich, den Vorschriften über elterliche Gewalt untersteht. Aull, HessRspr. **4** 7.

§ 1680. Die JDR. **1** zu § 1680 Ziff. 1a Abs. 2 angeführte Entscheidung des OLG. Karlsruhe findet sich auch KGJ. **24** D 3. Gleicher Ansicht Dernburg 267[1].

§ 1681. Eine Klage auf Herausgabe einzelner Gegenstände des Kindesguts ist nicht unzulässig, aber der Vater kann Rechnung legen und verlangen, nur zur Herausgabe dessen, was ihm nach dem Rechnungsergebnisse verbleibt, verurteilt zu werden. Dernburg 268.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1684. 1. Zu der JDR. **1** zu § 1684 Ziff. 2b behandelten Frage vgl. Matthiaß, R. **03** 2, welcher an die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Auflösungswirkungen anknüpft wie an die Scheidung.

2. KG., RheinA. **99** (3. Abt.) 7 folgert aus § 1348, daß die Ehe auch nach der Todeserklärung des Mannes bis zur Wiederverheiratung der Frau fortbestehe, demnach die in der Zwischenzeit von der Frau geborenen Kinder als eheliche des für tot erklärten Mannes gelten; im Ergebnis ebenso Boschan, DJZ. **03** 77. Dagegen Mannherz, RheinA. a. a. O. 14, Neubecker, DJZ. **03** 101. (Näheres o. Ziff. 1 zu § 18.)

§ 1685. Dernburg 271: Die Mutter, die während der Ehe regelmäßig nur eine „Nebengewalt" ausübt, hat die Hauptgewalt im Falle des § 1685 Abs. 1 in der Stellung einer „Verweserin", im Falle des § 1685 Abs. 2 als übertragene Gewalt und nur im Falle des § 1684 als „Vollgewalt". S. Leske 884: Nebengewalt, Zwischengewalt, Vollgewalt. S. JDR. **1** zu § 1685 Ziff. 1.

Der § 1686 bezieht sich nicht nur auf die Fälle des § 1684, sondern auch auf die des § 1685. Hellmann, R. **03** 286 (s. unten zu § 1795 Ziff. 6).

§ 1687. 1. Die Bestellung eines Beistandes kann auch, abgesehen von § 1666, wegen solcher Eigenschaften der Mutter erfolgen, die die alleinige Ausübung der Kindessorge durch sie untunlich erscheinen lassen. BayrObLG. **4** 85., R. **03** 155. Auch nach OLG. **7** 77 (KG.) muß die persönliche Befähigung der Mutter zur Ausübung berücksichtigt werden (aus luxuriöser Lebensführung gefolgerte Unwirtschaftlichkeit).

2. Nach Dernburg 274 entspricht es dem Sinne des Gesetzes, die Unbeschränktheit der mütterlichen Gewalt als Regel anzusehen und daher zu vermuten, daß kein Beistand bestellt ist.

Nach Marcus, PosMschr. **00** 44 darf sich der Grundbuchrichter mit der Versicherung der Mutter, daß kein Beistand bestellt sei, nicht begnügen, muß vielmehr die Vorlage einer Bescheinigung des Vormundschaftsgerichts verlangen; es soll aber die Bescheinigung irgend eines Vormundschaftsgerichts genügen, da dieses vor Erteilung seine Zuständigkeit zu prüfen hat, nicht Bescheinigungen von sämtlichen Gerichten, in denen das Kind während der elterlichen Gewalt der Mutter gewohnt hat, erforderlich sein. Vgl. Lotze das. 28; s. JDR. **1** zu § 1687 Ziff. 6.

§ 1689. Zu regelmäßig wiederkehrenden Berichten und zur Rechnungslegung ist der Beistand nicht verpflichtet. Köhne, Jahresber. der Berliner JurGes. 1902/03, 75.

§ 1692. Dernburg 273 hält die Zuziehung des Beistandes nur insoweit für geboten, als sein Wirkungskreis sich auf die Vermögensverwaltung erstreckt; a. A. anscheinend Burhenne 62, 65[4]. S. JDR. **1** zu § 1692 Abs. 1.

Nach Leske 888 ist er zuzuziehen, sofern sich sein Wirkungskreis nicht auf einzelne bestimmte Angelegenheiten beschränkt.

Der Beistand muß auch bei dem im Falle der Wiederverheiratung zu errichtenden Inventar mitwirken. Burhenne 49[7]; s. JDR. **1** zu § 1692 (Abs. 2).

§ 1693. Nach Leske 889[3] kann die Mutter im Falle des § 1693 die Nutznießung nicht ausüben; s. JDR. **1** zu § 1693 Ziff. 3.

§ 1694. 1. Leske 886 gibt der Mutter ein Benennungsrecht; a. M. Dernburg 272[1], der auch im Falle der Beistandsbestellung auf Antrag der Mutter dieser nicht das Recht zugesteht, eine bestimmte Person vorzuschlagen. S. JDR. **1** zu § 1694 Abs. 3.

2. Die Beaufsichtigung der Tätigkeit des Beistandes, die dem Gerichte nach §§ 1694 Abs. 1, 1837 obliegt, muß, wenn die Beistandschaft auch die Vermögensverwaltung betrifft, mittelbar zu fortgesetzter Beaufsichtigung der Mutter führen. Dernburg 273.

3. a) **RG.** (Strafs.) JW. **03** 86 hält § 266[1] StGB. auf den Beistand, wenn nicht die Vermögensverwaltung nach § 1693 ihm übertragen ist, nicht für anwendbar, da er nur eine dem Gegenvormund ähnliche Stellung einnehme.

b) Dernburg 272[2] hält § 266 Ziff. 1 StGB. für anwendbar auf den Beistand in der Pflegerstellung (= Kurator des StGB.).

§ 1697. Nach Auflösung der neuen Ehe findet ein Wiederaufleben der elterlichen Gewalt nicht statt. Dernburg 271[3]; Leske 891; s. JDR. **1** zu § 1697 Ziff. 6. Ist der zweite Ehemann vor dem 1. Januar 00 verstorben, so konnte der Mutter mit der neuen Gesetzgebung die elterliche Gewalt nicht erwachsen. Dernburg 271[3]; s. JDR. **1** zu § 1697 Ziff. 5.

Inwiefern der Verlust der elterlichen Gewalt durch testamentarische Vorkehrung abgeschwächt werden kann, darüber § 2209.

Da dem Vormunde neben der Mutter hinsichtlich der tatsächlichen Personensorge nur die Stellung eines Beistandes zukommt, die Höhe des Aufwandes auf Unterhalt und Erziehung aber auf die Art und Weise derselben maßgebenden Einfluß hat, so steht dem Vormunde die Bestimmung über den Aufwand nicht allein zu, es ist vielmehr eine sowohl die Person wie das Vermögen betreffende Angelegenheit, daher § 1629 bei Meinungsverschiedenheit zwischen Mutter und Vormund anwendbar. BayrObLG. **3** 118.

Fünfter Titel.

Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 1701. Dernburg IV 276ff: Die Schlechtgläubigkeit des Vaters wird im Wege der Feststellungsklage festgestellt, die von der Mutter, welche die Gewalt in Anspruch nimmt, oder von dem Kinde durch einen Pfleger zu erheben ist. Die Klage hat die richterliche Anerkennung des Nichtbestehens der Gewalt des Vaters wegen Schlechtgläubigkeit zum Inhalt. Erst nach dieser Feststellung geht die elterliche Gewalt auf die Mutter über.

Planck IV 454 Anm. 6 zu § 1701: Mit der Nichtigkeitserklärung erlangt die Mutter die Gewalt, und zwar ist es so anzusehen, als ob ihr die elterliche Gewalt von Anfang an zugestanden hätte.

Sechster Titel.

Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

§ 1707. 1. Anspruch des unehelichen Kindes auf Kenntnis des Namens seines Vaters. (Vgl. auch u. Ziff. 2a—c zu § 1839.)

a) Reichhelm, DJZ. **03** 398: Ein persönlicher Rechtsanspruch des unehelichen Kindes auf Kenntnis des Namens seines Vaters ist anzuerkennen, seine Verwirklichung gegenüber jedem beliebigen Wissenden, für dessen Person keine besondere Rechtspflicht zur Mitteilung des Namens besteht, jedoch ausgeschlossen. Für die Mutter des Kindes ergibt sich eine solche Rechtspflicht aus § 1707. Hiergegen wendet sich Marcus, CBlFrG. **4** 210, der behauptet, daß ein solcher persönlicher Rechtsanspruch weder Dritten noch selbst der Mutter gegenüber bestehe, denn auch aus der Pflicht der Mutter, für die Person des Kindes zu sorgen, könne nicht gefolgert werden, daß sie deswegen auch verpflichtet sei, dem Kinde „den Namen seines Vaters zu nennen" (211).

b) Goldmann, DJZ. **03** 472 f: Das uneheliche Kind hat keinen Rechtsanspruch auf Nennung seines Vaters; nur mittels der allgemeinen Zeugnispflicht kann die Mutter zur Angabe des Vaters angehalten werden. Gegen letzteren Satz wendet sich Tebelmann, DJZ. **03** 570, weil nicht das Familienverhältnis zwischen Mutter und Kind, sondern lediglich der Geschlechtsverkehr des Vaters mit der Mutter den Unterhaltsanspruch begründe. Der § 385 Nr. 3 ZPO. habe aber nur ein Familienverhältnis zwischen dem Zeugen und der Partei im Auge.

2. Über Kollision zwischen den Rechten des Vormundes und der Mutter eines unehelichen Kindes vgl. Schaefer, R. **03** 302 ff.

§ 1708. 1. Die Unterstützungspflicht des Vaters seinem unehelichen Kinde gegenüber ist, ähnlich wie die Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten nach § 617, als sozialpolitische Legalobligation zu konstruieren. Schultzenstein, A.bürgR. **23** 230, 231.

2. Beim Klagantrag ist zu beachten: 1. Die Rente ist mangels Vereinbarung (§ 1714) am Ersten der Lebensvierteljahre des Kindes, nicht der Kalendervierteljahre fällig. 2. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils wird zweckmäßig „in Ansehung jedes fälligen Betrags" (ZPO. § 751) begehrt. 3. Auf „Feststellung der unehelichen Vaterschaft" (§ 1717) kann nicht geklagt werden. Eichbaum, HessRspr. **4** 87.

3. Dernburg IV 285 Anm. 3: Im Alimentationsprozesse des unehelichen Kindes ist die Mutter zur Zeugnisverweigerung berechtigt. (Ebenso Maaßen, R. **02** 369.)

4. Für den Unterhalt, welchen der Vater dem unehelichen Kinde zu gewähren hat, kann die Dienstprämie der Militärpersonen beschlagnahmt werden, jedoch nicht für die Ansprüche der Mutter aus § 1715. B. Hilse, Preuß. Verwaltungsbl. **23** 762; vgl. auch ebenda 730.

5. Die Krankenkasse, welche mit der Mutter auch das Kind in Pflege nahm, erlangt durch die dem letzteren gewährte Fürsorge einen Anspruch auf die von dem unehelichen Vater zu zahlenden Alimente, wegen dessen ihr auch die Beschlagnahme der diesem gebührenden Dienstprämie zusteht. B. Hilse, Volkstüml. Ztschr. f. pr. Arb.Vers. **8** 393.

6. Rosenberg, DJZ. **03** 221 macht darauf aufmerksam, in wie zahlreichen Fällen die §§ 1708 ff. zu Meineiden führen, weshalb seines Erachtens eine dem Art. 340 code civil analoge Vorschrift den §§ 1708 ff. vorzuziehen gewesen wäre.

§ 1709. 1. Waldow, MecklZ. **21** 347 ff.: Steht dem außerehelichen Erzeuger zur Bestreitung der Unterhaltskosten für das Kind nur sein Arbeits- und Dienstlohn zur Verfügung, so liegt es in der Regel weder im Interesse des Kindes noch der Mutter, die gesamten Unterhaltskosten für das Kind von dem Erzeuger zu beanspruchen. Es ist in solchen Fällen Aufgabe des Vormundschaftsrichters, darauf hinzuwirken, daß die Mutter einen Teil dieser Kosten neben dem Erzeuger übernimmt, und daß dieser auf den von der Mutter übernommenen Teil nur dann in Anspruch genommen wird, wenn die Mutter stirbt oder trotz Mahnung nicht zahlt, oder wenn der Erzeuger den von der Mutter nicht übernommenen Teil nicht pünktlich zahlt.

2. Kreichgauer, SeuffBl. **68** 233 ff.: Haben Mutter oder Großeltern eines außerehelichen Kindes dessen Unterhalt selbst bestritten oder hierfür Zahlung geleistet, so können rückständige Unterhaltsbeiträge gegen den Kindesvater nicht mehr für das Kind und nicht mehr auf Grund vollstreckbaren Alimentenvergleichs oder Urteilsausfertigung zwangsweise beigetrieben werden, sondern der unterhaltspflichtige Aszendent muß seine Regreßforderung selbständig verfolgen.

3. Abs. 2. OLG. 6 423 (KG.): Die Mutter und die unterhaltspflichtigen mütterlichen Verwandten, auf welche der Unterhaltsanspruch des Kindes gemäß § 1709 Abs. 2 übergegangen ist, können das Pfändungsvorrecht des § 4a des Lohnbeschlagnahmegesetzes ebenfalls geltend machen. In diesem Sinne auch Mantey, JDR. **1** zu § 1709.

§ 1715. 1. Matthiaß 356: Der Anspruch der Mutter aus § 1715 hat nicht die juristische Natur eines Unterhaltsanspruchs, sondern eines gesetzlichen Ersatzanspruchs. Ebenso Staudinger 517 und Mantey (über letzteren s. JDR. **1** zu § 1715). A. M. Hachenburg, Rechtsstellung d. unehelichen Kindes 57 ff.

2. Verhältnis des § 1715 zum Krankenversicherungsgesetze. (Über Mothes u. B. Hilse, JDR. **1** zu § 1715.)

a) B. Hilse, Invaliditäts- und Altersversicherung im Deutschen Reiche **12** 140. Der uneheliche Vater wird von seiner Pflicht zur Gewährung der Entbindungs- und 6 Wochenkosten nicht durch die der Mutter auf Grund KrVG. § 20 zustehende Wöchnerinnenunterstützung entlastet, indem die Krankenkasse für die ihrerseits gewährten Leistungen erstere zufolge KrVG. § 57 beschlagnahmen kann.

Die aus KrVG. § 20 zur Gewährung einer Wöchnerinnenunterstützung verpflichtete Krankenkasse tritt auf Grund KrVG. § 57 nicht kraft gesetzlicher Zession in die Rechte der unehelichen Mutter auf Entbindungskosten, vielmehr muß sie erst solche beschlagnahmen. Bis dies geschehen, kann der Vater durch Zahlung an die Mutter den Anspruch rechtswirksam tilgen. B. Hilse, JW. **02** 561.

b) Levy, JW. **03** 39 f.: Der Schwängerer und die Krankenkasse, insoweit sie in Gemäßheit des KrVG. zur Gewährung von Leistungen verpflichtet ist, sind Gesamtschuldner in Gemäßheit des § 424 und bleiben daher, bis einer von ihnen die gesamte Leistung bewirkt hat, verpflichtet. Auf die Krankenkasse geht in Gemäßheit des § 57 Abs. 3 des KrVG. erst nachdem sie Unterstützung geleistet hat und in deren Höhe der Anspruch auf Rückgewährung gegen den Schwängerer über. Diesen Übergang der Rechte kann das Gericht in einem Zivilprozesse nur auf Grund eines von dem Schwängerer erhobenen Einwandes berücksichtigen. Auch die Novelle zum KrVG. vom 25. 5. 03 hat hierin keine Änderung eintreten lassen.

§ 1717. 1. Schneickert, Seuff. Bl. **68** 274 ff.: Es ist bei der Klage auf Unterhaltsleistungen gemäß § 1708 ein Hauptgewicht darauf zu legen, ob die uneheliche Mutter, bzw. deren Kind ein objektives Recht auf solche Leistungen hat, zu dessen Beweis dem beklagten Beischläfer die Einrede des § 1717 Abs. 1 nicht um deswillen abgeschnitten werden darf, weil er zur Zeit der Klagerhebung nicht in der Lage ist, einen geeigneten zweiten Beischläfer zu benennen, ob er die Existenz eines solchen mit Recht vermutet, und zwar aus Gründen, die dem Charakter, dem Verhalten der Kindesmutter vor und während der Schwangerschaft entspringen. Solche Gründe können den beklagten Beischläfer dazu berechtigen, sichere Schlüsse auf das geschlechtliche Verhalten der Kindesmutter während der gesetzlichen Empfängniszeit, also auf „Tatsachen" zu seinen Gunsten zu ziehen, so daß die Eideszuschiebung an die uneheliche Mutter gemäß § 451 ZPO. als zulässig zu erachten ist, auch ohne daß in allen Fällen der Beklagte einen weiteren Beischläfer namhaft macht. Ebenso Strauß, a. M. Keidel; vgl. hierüber JDR. **1** Ziff. 1k zu § 451 ZPO. Über den Aufsatz Keidels, SeuffBl. **03** 469 ff., s. a. JDR. **2** zu § 451 ZPO.

2. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 229 ff.: Die Beiwohnung ist hier wie im § 1591 nicht als Handlung, sondern schon als bloße Naturtatsache rechtswirksam.

3. Wer lediglich auf Grund des § 1717 durch Urteil für den Vater eines unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 erklärt ist, kann nicht

auf Grund dieses Urteils als der uneheliche Vater des Kindes in das Geburtsregister eingetragen werden. KGJ. 26 A 39 (KG.).

§ 1718. 1. Schmid, CBlFrG. 4 317, 320: Die Anerkennung der Vaterschaft ist ein Rechtsgeschäft. Die Vornahme durch den Geschäftsunfähigen ist unwirksam, der beschränkt Geschäftsfähige bedarf der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, und zwar desjenigen, dem die Vermögensverwaltung zusteht. Das gilt trotz § 1901 auch von dem entmündigten Trinker und Verschwender. Die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht ist für die Anerkennung an sich nicht erforderlich, wohl aber für Festsetzung der Unterhaltsrente usw.

Das Rechtsgeschäft der Anerkennung ist ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges. Es ist schon mit Errichtung der Urkunde bindend. Als einseitiges Rechtsgeschäft unterliegt es der Regel des § 111 Satz 1, es erfordert die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Diese ist auch im Falle des § 1718 ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Die nachfolgende Genehmigung (§ 184) genügt nicht.

Die Anerkennung der Vaterschaft ist, wenn sie auch aus Anlaß einer Vormundschaftsführung erfolgt, keine Erklärung in Vormundschaftssachen. Die im § 11 FrGG. für diese Erklärungen zugelassene Form — Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers — genügt daher nicht zur öffentlichen Beurkundung der Anerkennung. Diese erfolgt, soweit sie nicht landesgesetzlich anders geregelt ist, gemäß § 167 FrGG.

2. Jacubezky, R. 03 325: Zu der Vaterschaftsanerkennung bedarf es einer Erklärung gegenüber dem Kinde oder dessen Vertreter nicht.

3. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 200 ff.: Das Anerkenntnis der unehelichen Vaterschaft ist bloß Vorstellungsäußerung, während das der ehelichen Willenserklärung ist.

4. Leske 899: Da die Anerkennung nur die Geltendmachung der exceptio plurium ausschließt, bleibt dem Vater doch der Einwand offen, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich sei, daß die Mutter das Kind aus seiner Beiwohnung empfangen habe, wie denn auch die Anerkennung nicht etwa die Feststellung begründet, daß der Anerkennende der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat. A. A. Matthiaß (3) II 328.

5. Die nachträgliche Beurkundung im Geburtsregister auf Grund des § 25 Personenstandsgesetzes bleibt auch fernerhin zulässig, die formelle Wirkung der §§ 1718, 1720 Abs. 2 kommt aber nur einer unter den Voraussetzungen von FrGG. § 167 Abs. 2 stattgehabten Beurkundung zu. Heinsheimer, BGB. II 307 Anm. 1 und BadRpr. 03 70; Planck IV 473 Note 5. A. M. Grüninger, BadRpr. 03 53 unter Berufung auf Dorner, FrGG. Anm. 7a zu § 167.

6. Nur in einem durch Erhebung einer Klage vor den ordentlichen Gerichten einzuleitenden Verfahren ist die Vermutung, welche durch Anerkennung der Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde begründet wird, zu entkräften. OLG. 7 424 (Hamburg).

Siebenter Titel.

Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1719. 1. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die uneheliche Mutter zunächst einen anderen als den Vater des Kindes heiratete, auch wenn derselbe dem Kinde seinen Namen gab, falls nach der Auflösung jener Ehe sich die Mutter und der Erzeuger des Kindes gültig verheirateten. Auch eine etwaige Kindesannahme oder behördliche Ehelichkeitserklärung des Kindes steht der Legitimation desselben durch die nach-

folgende Verheiratung seiner Eltern nicht entgegen. Dernburg IV 295. (Vgl. auch Süßheim, JDR. **1** zu § 1719.

2. Willenserklärung der Ehegatten und des Kindes ist nicht erforderlich, entgegenstehende Willenserklärung kann die Wirkung nicht hindern. Matthiaß 357.

§ 1720. Abs. 2. Die Anerkennung der Vaterschaft kann auch in einer Verfügung von Todes wegen geschehen. Darin, daß der Ehemann ein von seiner Ehefrau geborenes Kind in einem notariellen Testament als ein aus der Ehe mit ihr stammendes Kind bezeichnet, liegt eine Anerkennung seiner Vaterschaft und der Ehelichkeit des Kindes; diese Anerkennung begründet die Vermutung, daß das Kind durch die nachgefolgte Ehe legitimiert worden ist, und rechtfertigt die Eintragung eines darauf bezüglichen Vermerks zur Geburtsurkunde des Kindes. BayrObLG., DJZ. **03** 131.

II. Ehelichkeitserklärung.

§ 1726. Jastrow, FormB. II 217 Muster 136 Anm. 9: Bei der Ehelichkeitserklärung sind Abreden über den zukünftigen Verkehr zwischen Mutter und Kind zulässig, soweit sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

Achter Titel.
Annahme an Kindesstatt.

§ 1741. 1. Dernburg IV 304 (gegen Planck IV 491): Das Vorhandensein einer ungeborenen Leibesfrucht schließt eine Kindesannahme aus. Für tot erklärte Kinder hindern eine Adoption nicht.

2. Jastrow, FormB. II 220 Muster 137 Anm. 12: Ist der Annehmende von Adel, so bestimmen sich die Voraussetzungen für den Übergang des Adels nach Landesrecht. Die gerichtliche Bestätigung ist ohne Rücksicht hierauf zu erteilen.

3. OLG. **7** 425 (Hamburg): Ein Adoptionsvertrag, der lediglich die Herbeiführung einer Namensänderung bezweckt, ist nichtig, wenn die auf Annahme an Kindesstatt abgegebenen Erklärungen nur zum Scheine abgegeben wurden, und die Begründung eines Familienverhältnisses zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen rechtlich nicht herbeigeführt werden sollte (426). Die Nichtigkeit eines solchen Vertrags wird durch die gerichtliche Bestätigung nicht geheilt (427). A. M. Dernburg IV § 94 Ziff. VI, der meint, es würde sich ein anarchischer Zustand ergeben, wenn man mit der herrschenden Meinung annehmen wollte, daß die Bestätigung wegen Mangels anderer als der im § 1756 erwähnten wesentlichen Grundlagen der Kindesannahme wirkungslos wird; auch erblickt er im § 68 Abs. 1 FrGG., der ein Rechtsmittel gegen den Bestätigungsbeschluß versagt, eine stillschweigende Korrektur des BGB. Demgegenüber weist das zitierte OLG. Hamburg ⇸ offenbar mit Recht ⇷ darauf hin, daß durch § 68 Abs. 1 FrGG. nur die Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschluß im Rahmen der FrGG., nicht aber das bestätigte Rechtsgeschäft der Anfechtung nach materiellem Rechte entzogen werde (a. a. O. 427).

§ 1757. Jastrow, FormB. II 221 Muster 138: Durch Adoptierung der Stiefkinder können in beschränkter Weise die Wirkungen des durch das BGB. beseitigten Einkindschaftsvertrags erreicht werden.

§ 1758. Leske 918: Wird eine verheiratete oder verheiratet gewesene Frau an Kindesstatt angenommen, so behält sie den Familiennamen ihres Mannes, den sie infolge der Verheiratung erlangt hat, und die Annahme an Kindesstatt bewirkt nur eine Abänderung ihres Mädchennamens. Wird die Ehe ge-

schieden und nimmt die Frau ihren eigenen Familiennamen wieder an, so erhält sie nunmehr nicht ihren früheren Mädchennamen, sondern den Familiennamen des Annehmenden.

Dritter Abschnitt.

Vormundschaft.

Vorbemerkung: Während der 1. Jahrgang über eine große Zahl von Gesamtdarstellungen des Vormundschaftsrechts sowohl in systematischer Bearbeitung als in Kommentarform zu berichten hatte, sind im Jahre 1903 nur zwei solcher Werke zu verzeichnen: Dernburgs Familienrecht und Leskes Vergleichende Darstellung des ALR. und BGB. Im übrigen sind es nur Einzelfragen aus dem Gebiete des Vormundschaftsrechts, die in Monographien und sonstigen Abhandlungen Erörterung gefunden haben und zu deren Lösung die Rechtsprechung wertvolle Beiträge geliefert hat.

Die öffentlich-rechtliche Natur des Vormundschaftsrechts und der Stellung des Vormundes ist im allgemeinen und in den Folgeerscheinungen behandelt worden. Aus diesem Gesichtspunkt ist die Unanwendbarkeit des Gesamtkodifikationsprinzips auf das Vormundschaftsrecht gefolgert (s. zu § 1773) und die Frage der Übertragbarkeit des Amtes des Vormundes und einzelner Funktionen erörtert worden (s. zu § 1793). Der Ausschluß der Stellvertretung bei dem Verpflichtungsakt ist herrschende Meinung, aber keineswegs unbestritten, es wird sogar Bestellung des Vormundes auf schriftlichem Wege für zulässig erachtet (s. zu § 1789). Im übrigen ist namentlich die Möglichkeit der Stellvertretung des Vormundes im Falle der §§ 1828 und 1829 untersucht worden. Besonders die Vorschrift des § 1829 veranlaßte die Prüfung, ob es sich hier wirklich um eine vormundschaftsrechtliche Vorschrift zwingender Natur handelt und nicht mit mehr Grund entsprechend der für Vertragsverhältnisse herrschenden Regel abweichender Parteiberedung über den Eintritt der Wirksamkeit, zumal dem Verzicht auf die Mitteilung Raum zu gewähren sei. Die verwickelte Gestaltung des Verfahrens in den Fällen, in denen der grundbuchmäßige Nachweis der Wirksamkeit bei nachträglicher Genehmigung zu erbringen ist, hat zu mannigfachen Vereinfachungsversuchen geführt, besonders durch Bevollmächtigung des beurkundenden Notars zur Abgabe und Entgegennahme der erforderlichen Erklärungen. Die Frage der Zulässigkeit solcher Bevollmächtigung, namentlich auch mit Rücksicht auf die Stellung und Eigenschaft des Notars als Urkundsperson, und der die Wirksamkeit begründenden Mitteilung durch konkludente Handlungen ist dabei vorzugsweise untersucht worden (s. zu § 1829), zumeist im Anschluß an grundlegende Entscheidungen des BayrObLG., die bereits JDR. **1** zu § 1829 Ziff. 2 mitgeteilt sind.

Für die Genehmigung zu einseitigen Geschäften, die keine nachträgliche sein kann, ist der äußerste Zeitpunkt, in dem sie vorliegen muß, hauptsächlich in Anwendung auf die Erbschaftsausschlagung erörtert worden (s. zu § 1831).

Die obervormundschaftliche Genehmigung ist Amtshandlung, nicht private Willenserklärung, und deshalb erscheint es fraglich, ob eine stillschweigende Genehmigung möglich ist. Diese Frage ist sowohl für die Genehmigung im allgemeinen (s. zu § 1821 I 1) als speziell für die Gestattung außerordentlicher Anlage von Mündelgeldern nach § 1811 (s. dazu Ziff. 3) beantwortet. Was die Anlegung der Mündelgelder betrifft, so ist außerdem namentlich die Beleihungsfähigkeit der Erbbaurechte (s. zu § 1807) und die Bedeutung des Sperrvermerks während der Vormundschaft und nach ihrer Beendigung (s. zu § 1809) untersucht worden.

Das Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts ist auch wieder Gegenstand der Erörterung gewesen, sowohl in seiner allgemeinen Bedeutung als in der Ausdehnung seiner Betätigung im einzelnen. In ersterer Beziehung ist namentlich die Auffassung von Dernburg hervorzuheben, der der Aufsicht des Gerichts unter Verwertung des Begriffs der objektiven Pflichtwidrigkeit ein sehr weites Herrschaftsgebiet eröffnet; in letzterer Hinsicht

ist vorzugsweise die Ausdehnung der Aufsicht gegenüber unehelichen Mündeln behandelt worden, insbesondere die Verpflichtung der Mutter zur Nennung des Vaters und die obervormundschaftliche Mitwirkung zur Verwirklichung der Unterhaltsansprüche des Kindes (s. zu §§ 1839 u. 1793 Ziff. 10).

Im Bereiche der Vormundschaft über Volljährige hat der Umfang der Sorge für die Person hauptsächlich interessiert, sowohl die Unterbringung Geisteskranker in Anstalten als namentlich die Maßnahmen gegenüber vorläufig bevormundeten oder entmündigten Trunksüchtigen, die angesichts der Mäßigkeitsbestrebungen und der erhöhten Fürsorge und Aufmerksamkeit für die dem Alkohol verfallenen Individuen eine erhebliche Bedeutung gewonnen haben.

Aus dem Pflegschaftsrechte haben vor allem die Fälle der nach § 1909 einzuleitenden Pflegschaft mannigfache Erörterung gefunden; dabei ist hervorzuheben, daß Interessengegensatz an und für sich noch keinen Pflegschaftsfall darstellt, daß andererseits Pflegschaft zur Prozeßführung nicht wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung abzulehnen ist; ferner ist die Frage behandelt, ob Pflegschaft zur Stellung des Antrags auf Entmündigung oder des Strafantrags zulässig ist (s. zu § 1909). Weiter ist die Möglichkeit der Gebrechlichkeitspflegschaft bei Geisteskranken zur Besorgung einzelner Angelegenheiten erörtert, und zumeist, so auch vom Reichsgerichte bejaht worden; dabei ist auch die Möglichkeit und Bedeutung der Einwilligung untersucht worden (s. zu § 1910).

Erster Titel.

Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Literatur: Breit, Geschäftsfähigkeit I. Leipzig 1903. — Dernburg, Bürgerliches Recht (Familienrecht). Halle 1903. — Duensing, Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen. München 1903. — Eise, Der Gemeindewaisenrat im Deutschen Recht. Berlin 1902. — Frese, Die den Gerichten übertragenen Angelegenheiten d. freiw. Gerichtsbarkeit u. d. gerichtliche Hinterlegungswesen. Leipzig 1903. — Gläßing, Zur Annahme öffentlichen Rechtes im BGB, AöffR. **18** 54—72. S. ferner vor § 1617.

§ 1773. 1. a) Gläßing 54 ff. erörtert weiter (s. IDR. **1** zu § 1773) die öffentlich-rechtliche Natur des Vormundschaftsrechts des BGB., indem er hervorhebt, daß Eingriffe in die öffentlich-rechtliche Verwaltung durch private Dispositionsakte nur im Falle positiver Gestattung rechtswirksam sind und auch an sich rechtswirksame Anordnungen nachträglich noch durch die Vormundschaftsbehörde außer Kraft gesetzt werden können, und diesen Satz an der Hand der einzelnen Bestimmungen dartut (so z. B. §§ 1802 (1640), 1890, 1892 als ausnahmslos geltende Vorschriften, §§ 1803, 1854 (57) als eng begrenzte Ausnahmefälle); aus dieser Charakterisierung des Vormundschaftsrechts als öffentlichen Rechts folgert er dann, daß nicht das Gesamtkodifikationsprinzip gelte, sondern das landesrechtliche Vormundschaftsrecht nur insoweit seine Geltung verloren habe, als es von den in dies öffentlich-rechtliche Gebiet übergreifenden Vorschriften des BGB. verdrängt werde, also eine Ergänzung und Ausführung der letzteren durch altes und neues Landesrecht um so mehr zulässig sei, als das auch materiellrechtliche Vorschriften enthaltende FrGG. nach § 200 die Ergänzung ausdrücklich gestatte. (Bei jeder Vorschrift fragt es sich, ob die Regelung des BGB. eine vollständige ist oder nicht, Sollvorschriften sind nicht etwa ohne weiteres ergänzungsfähig, so nicht § 1781.) (62—66, 69.)

b) Duensing 14 ff.: Das Vormundschaftsrecht gehört zum Gebiete des öffentlichen Rechtes; der Vormund ist „Bestellter" des Staates, zwar in einer Doppelstellung gegenüber Mündel und Staat, aber mit weit überwiegender Bedeutung der öffentlich-rechtlichen Beziehungen und Verpflichtungen dem Staate gegenüber (ständige Aufsicht, Rechenschaftspflicht); die Vormundschaft ist zwar Surrogat der elterlichen Gewalt, aber doch als öffentlich-rechtliches Institut ohne

familienrechtlichen Charakter gestaltet, wie sich namentlich in den Generalvormundschaften zeigt.

2. Keine freiwillige Stellung unter Vormundschaft. Breit, Geschäftsfähigkeit I 18.

3. Für ein in der Ehe geborenes Kind kann, solange der Ehemann die Ehelichkeit nicht angefochten hat und deshalb elterlicher Gewalthaber ist, nicht auf Grund angeblicher Unehelichkeit Vormundsbestellung beantragt werden. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 459.

4. Abs. 2. Aus dieser Vorschrift (in Verbindung mit § 1793) folgert Weyl, Findelkinder, in der o. Ziff. 2 zu § 12 erwähnten Abhandlung, daß der Vormund das zuständige Organ für die Namengebung bei Findelkindern ist.

§ 1774. 1. a) Die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft ist ebenso wie die Feststellung der Verhinderung des Vaters an der Gewaltausübung und die Bewilligung einer Vergütung an den Vormund eine rechtserzeugende Verfügung, deren Nachprüfung dem Prozeßgerichte nicht zusteht. Josef, CBl. FrG. 3 604; Buschs Z. **31** 84 f. (hier wird noch betont, daß diese Wirkung nicht Folge einer materiellen Rechtskraft der Verfügnng sei, sondern aus dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit folge und daher für alle, auch für die der formalen Rechtskraft nicht fähigen Verfügungen gelte).

Solange eine formgerecht angeordnete Pflegschaft nicht wieder aufgehoben ist, ist sie wirksam und zwar allgemein, nicht nur für den Prozeßrichter, auch für das Beschwerdegericht, das nicht wegen Ungesetzmäßigkeit der Bestellung die Beschwerde des Pflegers als unzulässig verwerfen darf. KG., PosMschr. **03** 113.

b) Die ausschließliche Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörden zur Entscheidung über Vormundschaftssachen mit Wirkung für Prozeßrichter gilt nicht für an sich außerhalb des Vormundschaftsrechts liegende Vorfragen: so ist die irrtümliche Bestellung eines Vormundes für einen Volljährigen, den der Vormundschaftsrichter für minderjährig hielt, von dem Prozeßrichter als ungültig zu betrachten. Dernburg 320[1]; s. JDR. **1** § 1774 Ziff. 1.

2. Mit der Anordnung wird die Vormundschaft anhängig im Sinne der §§ 36 und 43 FrGG.; die Vormundschaft bleibt nur anhängig bis zur Beendigung, ohne Rücksicht darauf, ob der Vormund die ihm infolge der Beendigung obliegende Schlußrechnung gelegt hat oder nicht. BayrObLG. 3 715. Erst nach der Anordnung ist die Abgabe nach § 46 FrGG. möglich. BayrObLG. 3 587.

§ 1775. Nach Dernburg 336[2] ist in der Regel ein und derselbe Vormund auch zu bestellen, wenn außer minderjährigen noch volljährige Geschwister zu bevormunden sind; s. JDR. **1** zu § 1775 Ziff. 3.

§ 1776 Nr. 1 und 2. 1. Jastrow, Form.Buch II 247 Muster 156 Anm. 25 weist auf die Mißlichkeit hin, die daraus erwächst, daß die vormundschaftlichen Anordnungen des Vaters denen der Mutter unter allen Umständen, auch wenn sich zwischen dem Tode beider die Verhältnisse wesentlich verändert haben, vorgehen; er empfiehlt, daß in den dazu geeigneten Fällen der Vater seine testamentarische Anordnung nur unter der Bedingung treffe, daß nicht die Mutter in Ausübung der elterlichen Gewalt anders verfügt.

2. Richter, Vormundschaft 24, will nicht in allen Fällen die Benennung des Vaters derjenigen der Mutter vorgehen lassen, erachtet vielmehr die des Letzlebenden für entscheidend, dagegen Matthiaß II 370/371.

§ 1779. 1. Eise, 97 f.: Die Anhörung des Gemeindewaisenrats ist jedenfalls nicht obligatorisch, aber nur in der Art, daß eine besondere Verantwortlichkeit des Richters oder gar eine Ungültigkeit der Bestellung oder eine Beschwerde des Gemeindewaisenrats wegen Nichtanhörung oder wegen

Nichtbestellung der vorgeschlagenen Person keineswegs begründet werden kann. Für Pflegschaften ist die Anhörung quaestio facti.

2. a) Für die Auswahl ist ausschließlich das Mündelinteresse maßgebend. Deshalb kann die Bestellung des Vaters der Frau zum Pfleger des Kindes zwecks Überwachung des Verkehrs des Kindes mit dem geschiedenen Manne nicht aus dem Grunde angegriffen werden, daß derselbe nicht die Interessen des Vaters wahren werde. KG., DJZ. **03** 224.

b) Die Auswahl des Vormundes kann nicht einem ersuchten Richter überlassen werden (kein Rechtshilfefall). OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 96; OLG. **5** 261 (Jena).

c) Eidliche Zeugenvernehmung (s. JDR. **1** zu § 1779 1c) hält auch KGJ. **22** A 205 (KG.) für zulässig, ebenso Josef, CBlFrG. **4** 171, Dernburg 347[8]; s. zu § 1793 unten.

3. Verschiedenheit des Religionsbekenntnisses rechtfertigt an sich noch nicht die Entlassung des Vormundes, eventuell Maßnahme nach § 1801; KGJ. **25** A 24 (KG.).

4. Beschwerde gegen die Auswahl des Vormundes steht auch nahen Verwandten nach § 57[9] FrGG. zu; § 60[1] FrGG. (verb. mit § 57 Abs. 2) steht nicht entgegen, weil er sich nur auf den Fall, daß ein Berufener übergangen ist, bezieht, nicht aber die Beschwerde gegen Vormundsauswahl überhaupt auf diesen Fall beschränkt. OLG. Jena, CBlFrG. **4** 95, OLG. **7** 205; ebenso Dernburg 347[7]. Beschwerderecht des Ehemanns gegen Auswahl des Vormundes seiner (geisteskranken) Frau (§ 57[9] FrGG., nicht § 1778 Abs. 3 BGB.).

LG. Cöln, Buschs Z. **31** 128: Das Beschwerdegericht hat bei Beschwerde gegen die Auswahl des Vormundes nur nachzuprüfen, ob der erste Richter von seinem Ermessen sachgemäß Gebrauch gemacht hat, und nicht schon dann abzuändern, wenn es nach seinem Ermessen unter verschiedenen bei pflichtmäßiger Ausübung des Ermessens in Betracht kommenden Möglichkeiten vielleicht eine andere Wahl getroffen hätte.

§ 1780. Dernburg 350 hält die Bestellung eines Unfähigen für nichtig; keine Klage des Mündels gegen den Unfähigen aus der Vormundschaft, kein Konkursvorrecht (KO. § 61[5]); ebenso Leske 935; s. JDR. **1** zu § 1780.

§ 1781. Dernburg 350[6] bezeichnet die JDR. **1** zu § 1781 mitgeteilte Ansicht von Schultzenstein-Köhne als unrichtig, da der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Vormundes mit dessen vormundschaftlichen Handlungen nichts zu schaffen habe.

Ziff. 3: Untauglich ist nicht der Erbe bei Nachlaßkonkurs, der Gesellschafter bei Konkurs über eine offene Handelsgesellschaft. Dernburg 351.

§ 1782. Nach Dernburg 351[8] ist ein trotz Ausschlusses bestellter Vormund zu entlassen; a. A. die JDR. **1** zu § 1782 Abs. 3 angeführten Autoren.

§ 1783. Die Frau eines Entmündigten braucht keine Zustimmung seines Vormundes zur Übernahme einer Vormundschaft. Dernburg 343; a. M.: Schultzenstein-Köhne § 1783 Ziff. 2.

§ 1784. § 41 des RMilGes. v. 2. 5. 74 dehnt Dernburg 352 auf die Reichsmarine aus. A. A. Leske 937; Planck § 1784 Note 1.

Über Art. 72 pr. AG z. BGB. vgl. noch Leske 936 und Dernburg 352 (ersterer fordert Genehmigung für die Religionsdiener der evangel. Landeskirchen und kath. Kirche (nebst Altkath.), letzterer für alle mit Korporationsrechten begabten christlichen Kirchengesellschaften); s. JDR. **1** zu § 1784.

§ 1786. Ziff. 8: Wer nur eine Vormundschaft und zugleich nur eine Gegenvormundschaft führt, ist nicht berechtigt, eine weitere Vormundschaft abzulehnen.

(Bruchteile von Vormundschaften gibt es nicht, das „Mehr" muß eine ganze Vormundschaft sein, der nur zwei Gegenvormundschaften gleichstehen.) KG., KGJ. **25** A 185, RJA. **3** 174, CBlFrG. **3** 664, R. **03** 126, OLG. **6** 292; s. JDR. **1** zu § 1786 1d. A. A. Dernburg 355 (das „Mehr" ist auch eine Gegenvormundschaft zu einer Vormundschaft).

Die Vorschriften der §§ 1786 Abs. 1 Nr. 8 und 1775 unterscheiden nicht zwischen vollbürtigen und halbbürtigen, ehelichen und unehelichen (von verschiedenen Vätern herrührenden) Geschwistern, und es kommt nicht auf ungeteilte Vermögensverwaltung und gemeinschaftliche Rechnungsführung an. Getrenntes, gesondert zu verwaltendes Vermögen kann Bestellung mehrerer Vormünder veranlassen; wird aber trotzdem nur ein Vormund bestellt, so gilt die Vormundschaft auch im Sinne des § 1786[8] nur als eine. BayrObLG. **3** 1021, SeuffA. **58** 191; s. Frese, FrG. 110.

§ 1789. 1. a) Dernburg 347 betrachtet persönliches Erscheinen beim zuständigen oder ersuchten Gerichte zwecks Verpflichtung nur als Regel, die Bestellung eines Abwesenden ohne diese förmliche Weise nicht als ausgeschlossen; s. JDR. **1** zu § 1789 Ziff. 1.

b) Keine Stellvertretung beim Verpflichtungsakt. Frese, FrG. 35.

2. Die JDR. **1** zu § 1789 Ziff. 4 mitgeteilte Ansicht hält das KG. aufrecht. OLG. **6** 298.

§ 1792. 1. Sind mehrere Vormünder bestellt, so ist die Bestellung eines Gegenvormundes unzulässig, es sei denn, daß jedem Vormund ein besonderer Geschäftskreis überwiesen wird (§ 1792 Abs. 2 und 3). Auch ein Gegenvormund neben einem Gegenvormund ist unzulässig. Dernburg 338.

Huther, R. **03** 90 hält Bestellung eines Gegenvormundes auch bei gemeinsam verwaltenden Mitvormündern für zulässig, da zwar aus § 1793 auch eine Aufsicht des einen über die Tätigkeit des anderen Vormundes zu folgern ist, die kontrollierenden Aufgaben des Mitvormundes mit denen des Gegenvormundes sich aber, namentlich hinsichtlich der Anzeigepflicht (§ 1799), nicht decken. Leske 957 erachtet Bestellung mehrerer Gegenvormünder für möglich; s. JDR. **1** zu § 1792 Ziff. 2b.

2. Nach LG. Dresden, CBlFrG. **3** 122 ist gegen Ablehnung der Bestellung eines Gegenvormundes keine Beschwerde, insbesondere aus § 57 FrGG. nicht, gegeben. Dernburg 338[3] findet dies bedenklich.

II. Führung der Vormundschaft.

§ 1793. 1. a) Dernburg 356[6]: Die Besorgung von Angelegenheiten, deren Natur nicht persönliche Entschlüsse des Vormundes fordert, kann im ganzen oder im einzelnen Vertretern überlassen werden, die in der Regel Bevollmächtigte des Mündels sind, aber auch Vertreter für den Vormund sein können (Fortdauer ihrer Vollmacht nach der Volljährigkeit im Anschluß an **RG. 41** 265); s. JDR. **1** zu § 1793 Ziff. 1.

b) Gläßing 58 ff. schließt jede Übertragung der vormundschaftlichen Verwaltung durch den Vormund oder auch nur die Gestattung ihrer Ausübung in der Hand eines Dritten aus (die Auswahl des Vormundes beruht auf dessen Persönlichkeit, der amtliche Dienst unterliegt keiner Privatdisposition; Ausnahme nur da, wo kraft anderer öffentlich-rechtlicher Organisation Garantien für die Persönlichkeit des Vormundes gegeben sind: z. B. im Falle des § 4 des nach Art. 78 § 4 pr. AG.z.BGB. erlassenen Ortsstatuts für Frankfurt a. M. die Ernennung des Generalvormundes durch Magistratsbeschluß aus gewissen Beamten der Armenverwaltung und Heranziehung der übrigen Beamten als der

Organe des Generalvormundes in Ausübung der vormundschaftlichen Geschäfte (LG. Frankfurt a. M. 23. 6. 02).

c) Mahla, BayrNotZ. **02** 237: Nicht das Amt als solches kann übertragen werden, wohl aber ist Stellvertretung grundsätzlich bei allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig.

2. Rümelin, AzivPr. **93** 184, 187: Der Vormund kann nicht nur als direkter Stellvertreter auftreten, sondern ist auch in indirekter Stellvertretung kontrahierte Geschäfte mit Mitteln des Mündels zu erfüllen befugt, muß aber dabei „die Qualität der Sache als einer fremden" hervorheben.

3. Die Vertretungsmacht des Vormundes ist nicht auf einen fingierten Auftrag zurückzuführen. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 19. Näheres vgl. o. Ziff. 3 zu § 164.

4. a) Über die Obliegenheiten des Vormundes in dem Falle, daß der Mündel vor Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder Beschränktheit einen Auftrag übernommen, Brunswig Handlungsf. 36 ff., 39: Im Falle der Geschäftsunfähigkeit geht die durch den Auftrag begründete Vertretungsmacht — wenn sie überhaupt fortbesteht (was regelmäßig nicht der Parteiabsicht entspricht [1]) — auf den Vormund über, während der geschäftsbeschränkte Mündel ausschließlich die Vertretungsmacht behält; der Mündel als Vereinsvorstand wird auch im Falle seiner Geschäftsunfähigkeit in dieser Beziehung nicht vom Vormunde vertreten.

b) Breit 225: Die Repräsentation des Mündels durch den Vormund hat in der Erfüllung der vor Eintritt der beschränkten Geschäftsfähigkeit eingegangenen Verpflichtungen ihre tatsächlichen Grenzen, z. B. bei Leistungen künstlerischer und daher höchst persönlicher Natur; der wegen Verschwendung entmündigte Künstler bleibt zur persönlichen Leistung verpflichtet, während der geisteskrank gewordene regelmäßig tatsächlich unfähig sein wird, so daß dieser Umstand, nicht aber die rechtliche Eigenschaft der Geschäftsunfähigkeit Unmöglichkeit der Leistung bewirkt (s. a. 228, 312, 323).

5. Auf Grund seines Verwaltungsrechts ist der Vormund berechtigt, das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen in Besitz zu nehmen. Hat er den Besitz erlangt, so ist er unmittelbarer, der Mündel mittelbarer Besitzer. Leske 946; Planck zu § 855 Note 5 und zu § 868 Note 2bγ; s. Breit 234 und IDR. **1** zu § 868 Ziff. 2b.

6. Der Pfleger der geisteskranken, nicht entmündigten Klägerin ist ermächtigt, sie in allen ihre Person betreffenden Angelegenheiten, insbesondere auch im Ehescheidungsprozesse zu vertreten. **RG.** IW. **03** Beil. 64.

7. a) KGI. **25** A 21 (KG.): Nur wenn das Landesrecht keine Bestimmung darüber enthält, in welchem Glaubensbekenntnisse das uneheliche Kind zu erziehen ist (Art. 134 EG.z.BGB.), kommt die Entscheidung desjenigen in Frage, dem das BGB. das allgemeine Erziehungsrecht zuspricht.

b) OLG. **7** 423 (KG.): Die Entscheidung darüber, welche Schule die Mündel besuchen sollen, und ob gegebenen Falles ein Wechsel der Schule geboten sei, steht grundsätzlich dem Vormunde zu.

c) S. auch KG., KGI. 25 A 25 ff.: Erziehungs- und Überwachungsrechte.

8. Schefold, AzivPr. **94** 306, 308, 313: Die gesetzliche Vertretung ist ausgeschlossen, soweit der Minderjährige nach §§ 112, 113 geschäftsfähig ist; insoweit kann auch der gesetzliche Vertreter Prozesse nicht für den Minderjährigen führen.

---

[1] Breit 298 erörtert die Frage, ob Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Bevollmächtigten Erlöschen oder Ruhen der Vollmacht herbeiführt (ersteres bei dauernder Unfähigkeit zur Ausübung); 322: Der Auftrag erlischt im Zweifel mit dem Eintritte der Geschäftsunfähigkeit, nur selten mit dem der beschränkten Geschäftsfähigkeit, die selbständiges Handeln für fremde Rechtssphäre nicht hindert.

9. Gläſſing 58 hält das Verſprechen einer Proviſion an den Vormund im Falle des Zuſtandekommens eines Kaufvertrags über Mündelgut als eine Privatdispoſition, die eine nach amtlicher Pflicht zu treffende Entſcheidung beeinflußt, für unwirkſam; ſ. JDR. **1** zu § 1800 Ziff. 3 und Stammler, Richt.R. 408: Bezahlung des Vormundes, damit er die Veräußerung von Mündelgut an den Zahlenden betreibe, verſtößt gegen des Geſetzes Meinung, da der Vormund nur im objektiven Intereſſe eines anderen handeln ſoll.

10. Es iſt kein unzuläſſiger Eingriff in die Rechte und Selbſtändigkeit des Vormundes, wenn das Vormundſchaftsgericht auf des Vormundes Anſuchen die Feſtſtellung von Mündelaußenſtänden betreibt; mangels entgegenſtehender geſetzlicher Beſtimmungen kann das Vormundſchaftsgericht zu dieſem Behuf, alſo z. B. auch behufs Ermittelung des Erzeugers, Beweisaufnahmen (eidliche Zeugenverhöre) anordnen, da ihm § 15 FrGG. hierzu die allgemeine Befugnis einräumt. Joſef, CBlFrG. **4** 165—172.

Das Vormundſchaftsgericht kann die Ermittelung der Vaterſchaft[1]) nicht nur dann zum Gegenſtand einer Beweisaufnahme machen, wenn dieſe Feſtſtellung als Grundlage für eine dem Vormundſchaftsgerichte kraft Geſetzes obliegende Entſcheidung dient (Beſtellung des Vormundes, Genehmigung eines Verlgeichs), wie das KG., KGJ. **22** A 205 und OLG. **2** 392 (Caſſel) annehmen — vgl. JDR. **1** zu § 1779 1c und o. zu § 1779 1c —, ſondern in allen Fällen, in denen es eine Unterſtützung des Vormundes bei Feſtſtellung einer Mündelforderung für angemeſſen erachtet. Joſef a. a. O. 171; vgl. Dernburg 285[3]. Auch OLG. **6** 495 (Stuttg.), WürttZFrG. **45** 105 hält Tätigkeit des Vormundſchaftsgerichts von Amts wegen zwecks Feſtſtellung der Vaterſchaft und Regelung der Unterhaltsanſprüche, insbeſondere Vernehmung des Vaters auch im Wege der Rechtshilfe für zuläſſig. Kein Zwang: OLG. **7** 447 (Frankf.)

Über Rechtshilfeerſuchen ſ. Freſe, Freiw. Gerichtsb. 9 (ſ. a. 29).

§ 1795. 1. a) Die JDR. **1** zu § 1795 Ziff. 1 Abſ. 1 mitgeteilte Anſicht vertritt auch Notar Planck, WürttZFrG. **44** 7, der noch die Unzulänglichkeit eines vormundſchaftsgerichtlichen Zeugniſſes über den Übergang einer Hypothek auf einen Miterben im Gegenſatze zu einem Zeugniſſe des Nachlaßgerichts nach § 37 GBO. hervorhebt. (Vgl. auch o. Ziff. 3 zu § 181.)

BayrObLG. **3** 311: Der Vater kann die zu einem Erbteile berufenen Kinder vertreten, wenn es ſich lediglich um Vertretung der Kinder gegenüber den Miterben, nicht um Verteilung des Stammteils der Kinder handelt.

Iſt für mehrere Minderjährige nur ein Pfleger zur Vornahme einer Teilung beſtellt, ſo muß er auf Grund dieſer Beſtellung als ermächtigt angeſehen werden, Teilung und Auflaſſung für alle allein vorzunehmen („beſondere Geſtattung" im Sinne des § 181). OLG. Colmar, ElſLothrJZ. **28** 256, OLG. **6** 39; ebenſo Dernburg 410.

Das Selbſtkontrahieren kann nach Anſicht des OLG. Köln, RheinArch. **99** 21 dem Vormunde nur durch das Geſetz geſtattet werden.

b) LG. Colmar, CBlFrG. **3** 494: Mehrere Minderjährige, die ſich mit einem volljährigen Miterben in der Weiſe auseinanderſetzen, daß letzterer alle Grundſtücke erhält und nur Herauszahlungen an die Minderjährigen als eine

---

[1]) Vgl. Schäfer, SeuffBl. **67** 52 (Bei den Verhandlungen mit dem Vater wegen Alimentation und der Beurkundung nimmt das Amtsgericht eine Doppelſtellung als Vormundſchafts- und Beurkundungsgericht ein, und in dieſer Doppeleigenſchaft kann es auch ein anderes Gericht um Verhandlung und Beurkundung erſuchen); ſ. dazu BayrObLG. **3** 1068, SeuffBl. **68** 146, R. **03** 108; ſ. auch Müller, R. **03** 205; Schmale, R. **03** 480.

gemeinsame Vertragspartei zu deren Abfindung zu leisten hat, können durch einen Pfleger vertreten werden; s. IDR. 1 zu § 1795 Ziff. 1.

c) Ist eine Teilung zwischen dem Witwer und den minderjährigen Erben seiner Frau obervormundschaftlich genehmigt, so steht dem Grundbuchrichter keine Nachprüfung darüber zu, ob die Vertretung der Minderjährigen durch einen Pfleger genügte, um aus diesem Grunde den Antrag auf Eintragung der Minderjährigen als Eigentümer der ihnen zugeteilten Grundstücke abzulehnen. OLG. Colmar, R. 03 290; ElsLothrIZ. 28 509; OLG. 7 332; ElsLothrNotZ. 03 257 und 315.

2. Es genügt zum Ausschlusse der Vertretungsmacht das Vorliegen des Tatbestandes des § 1795, nicht etwa ist das Vorhandensein einer Interessenkollision im Einzelfall erforderlich. Hellmann, R. 03 285. Interessenkollision allein schließt den Gewalthaber noch nicht aus. Dollinger, WürttZFrG. 44 68; a. A. LG. Posen, PosMschr. 01 139.

3. Der gesetzliche Vertreter ist nicht schon kraft Gesetzes verhindert, für Mündel die Zustellung eines Pfändungsbeschlusses entgegenzunehmen, obgleich er selbst Schuldner, Mündel Drittschuldner ist. BayrObLG. 4 378, OLG. 7 427; s. IDR. 1 zu § 1795 Ziff. 2b.

4. Nachlaßteilung ist nicht Erfüllung einer Verbindlichkeit, die nur darin besteht, daß geteilt wird. Kuhlenbeck (2) Note 5 zu § 1795.

5. a) Mit Rechtswirkung zahlen kann der dem Mündel (Kinde) schuldende Vormund (Gewalthaber) wie jede ungesicherte, so auch die (durch Pfandrecht, Bürgschaft, Hypothek), gesicherte Forderung an sich selbst als den Vertreter des Mündels (Kindes), nur nicht sich selbst eine beweisende Löschungsquittung erteilen. Brachvogel, Gruchots Beitr. 47 551/52.

A. A. KGJ. 23 A 247 (KG.), welches die Aufgabe einer Sicherheit infolge eines Erfüllungsgeschäfts auch unter § 1795[2] subsumiert und deshalb den Vormund oder Gewalthaber überhaupt ausschließt (s. auch IDR. 1 zu § 1795 Ziff. 2a).

b) Der Vater kann das als Hypothek eingetragene Muttererbe, das er seinem minderjährigen Kinde schuldet, dem dritten Grundstückseigentümer kündigen, er kann auch von ihm rechtswirksam die Zahlung des Muttererbes für das Kind in Empfang nehmen und darüber quittieren, solange nicht das Vormundschaftsgericht gemäß § 1630 Abs. 2 Satz 2, § 1796 ihm die Vertretung hinsichtlich dieser Einziehungsangelegenheit entzogen hat. Brachvogel 549, 555, 556, 551; a. M. KG. (s. IDR. 1 zu § 1630 Ziff. 2a).

c) Der Übergang einer Forderung kraft Gesetzes ist nicht eine Übertragung der Forderung im Sinne des § 1795 Nr. 2, denn dieser setzt eine rechtsgeschäftliche Übertragung voraus. Brachvogel 563; a. M. Dernburg 335[6] im Anschluß an OLG. 5 362 (KG.); s. IDR. 1 zu § 1795 Ziff. 2a.

d) Salinger, IW. 03 62: Bei der Vornahme der im § 1795 Ziff. 2 aufgeführten Geschäfte ist der Vormund auch ausgeschlossen, wenn auf seiten des Mündels eine Verpflichtung zur Vornahme besteht. Handelt es sich nicht um ein Geschäft zwischen dem Vormunde (Vater) und Mündel (Kind), wie z. B. Kündigung einer Hypothek des Kindes gegenüber dem Grundstückseigentümer, wenn der Vater aus früherer Besitzzeit noch persönlich für die Hypothekschuld haftet, so ist er von der Vertretung nicht ausgeschlossen. Die IDR. 1 zu § 1630 Ziff. 2a mitgeteilte Ansicht des KG. ist irrig, weil die Kündigung nicht die Aufhebung der Sicherheit oder eine Verpflichtung hierzu begründet, zumal Tilgung einer Hypothek eigentlich überhaupt nicht interessengefährdende Aufgabe einer Sicherheit ist.

6. § 1795 Nr. 3 findet auch auf einen Rechtsstreit der die elterliche Gewalt ausübenden Mutter gegen den Vater Anwendung. Hellmann a. a. O. gegen eine Entscheidung des KG. v. 3. 1. 03 (s. IDR. 1 zu § 1685 Ziff. 2d).

7. Breit, CBlFrG. **4** 394 Note * hält ein entgegen der Vorschrift des § 1795 Abs. 1 vorgenommenes Rechtsgeschäft nicht für unheilbar nichtig, sondern die Bestimmungen über Handeln ohne Vertretungsmacht für anwendbar, und ist der gleichen Ansicht auch im Falle des § 181 (s. IDR. **1** zu § 1795 Ziff. 3).

§ 1796. Die Entziehung der Vertretungsmacht kann gerechtfertigt sein, ohne daß die Bestellung eines Pflegers begründet wäre; die Pflegerbestellung entzieht die Vertretungsbefugnis ohne weiteres im Umfange des Wirkungskreises. OLG. **7** 129 (KG.).

Salinger, IW. **03** 62: Das BGB. kennt nicht den Satz, daß Interessenkollision zwischen gesetzlichem Vertreter und Mündel allgemein jenem die Vertretungsbefugnis nimmt; dies tritt nur in den Fällen der § 1630 Abs. 2 Satz 1, § 1795 ein. In anderen Fällen hat nur das Vormundschaftsgericht die Möglichkeit, die Vertretung zu entziehen, und wird erst durch die Entziehung eine rechtliche Verhinderung des gesetzlichen Vertreters und damit Raum für Bestellung eines Pflegers geschaffen (anders nach preuß. Rechte). S. o. § 1795 Ziff. 2.

§ 1797. Das Vormundschaftsgericht braucht sich nicht einer der von den Vormündern vertretenen Ansichten anzuschließen, sondern kann eine neue Meinung zur Geltung bringen. Dernburg IV 336[4] u. [5] im Gegensatze zur herrschenden Meinung (s. IDR. **1** zu § 1797 Ziff. I 2b), insbesondere Planck Note 1 zu § 1797, der sogar den Vormundschaftsrichter für verpflichtet hält, einer der Meinungen der Vormünder beizutreten.

Mehrere Vormünder können grundsätzlich nur in ihrer Gesamtheit wirksam handeln. Können sie sich über ein vorzunehmendes Rechtsgeschäft nicht einigen, so ersetzt eine vormundschaftsgerichtliche Verfügung, welche einer der verschiedenen Meinungen beitritt, die Zustimmung der anders meinenden Vormünder. Es liegt also ein Fall des § 53 FG. vor: Die Verfügung wird erst mit der Rechtskraft wirksam. KGI. **26** A 18, CBlFrG. **4** 131, R. **03** 394, OLG. **7** 208 (KG).

§ 1800. Dernburg 358 hält Unterbringung des Mündels in eine öffentliche Erziehungs- oder Pensionsanstalt nur mit obervormundschaftlicher Genehmigung für zulässig. S. IDR. **1** zu § 1800 Ziff. I 2.

Schäfer, R. **03** 302ff., erörtert die Kollision zwischen den Rechten des Vormundes und denen der Mutter, sowohl der unehelichen (§ 1707) als der wegen Minderjährigkeit oder Wiederverheiratung auf die Sorge für die Person unter Ausschluß der Vertretung beschränkten (§§ 1696, 1697) Mutter: Der Vormund ist zum Abschluß eines Lehr-, Dienst- oder Arbeitsvertrags befugt; die Mutter kann aber vermöge des ihr verbliebenen Sorge- und Aufenthaltsbestimmungsrechts die Vertragserfüllung hindern, indem sie die Herausgabe des Kindes verweigern kann; daraus erwächst ein Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners an das Kind mit Regreß des letzteren gegenüber dem Vormunde.

§ 1801. Die Vorschrift bezieht sich nicht auf die berufenen Vormünder (KGI. **3** Nr. 23 44). Leske 934 Anm. 11. S. IDR. **1** zu § 1801 Abs. 2.

§ 1802. 1. Der IDR. **1** zu § 1802 Ziff. 1c mitgeteilten Ansicht Schröder-Mugdans ist auch Burhenne 69ff.

2. a) Die Verletzung der Inventarpflicht kann auch durch Ordnungsstrafen geahndet werden. Carlebach, DNotVZ. **03** 10ff. (s. zu § 1640 Ziff. 2 u. 5).

b) Keine Klage gegen den Vormund auf Inventarerrichtung, kein Offenbarungseid. Burhenne 67, 73[1]. S. IDR. **1** zu § 1802 Ziff. 3.

3. a) Auch die Schulden sind anzugeben. Burhenne 69.

b) Für Übertragbarkeit der Vorschrift des § 1640 Abs. 1 Satz 2 auch Burhenne 72 (IDR. **1** zu § 1802 Ziff. 4).

4. Im Falle des Abs. 3 fallen die Kosten dem Mündel nicht zur Last Dernburg 359; a. A. Planck Note 6 zu § 1802; Leske 947[11], Burhenne 75[2].

§ 1804. 1. Aufhebung der Fideikommißeigenschaft durch Familienschluß nach dem preuß. Ges. v. 15. 2. 1840 ist keine nach § 1804 zu beurteilende Schenkung, ist vielmehr ein lediglich dem Fideikommißrecht (Art. 59 EG.) angehöriger, durch das angeführte Gesetz gestatteter Rechtsakt; die Erklärung der Vormünder bedarf in allen Fällen der gerichtlichen Genehmigung, bei deren Erteilung die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Maßregel zu prüfen ist. KG., KGJ. **25** A 214 und PrJMBl. **03** 96.

2. Satz 2. a) Über „Pflichtgeschenke" im allgemeinen Eichhorn, DJZ. **03** 434. Es besteht keine Rechtspflicht, Trinkgelder und Neujahrsgeschenke zu geben, nur eine sittliche Pflicht, eine Rücksicht auf die allgemeine „Verkehrssitte"; dahin gehören „jedes Almosen, jedes Douceur", alle „Weihnachts-, Geburtstags-, Hochzeits- und Ehrengaben". S. auch o. zu § 534 Note 1.

b) Unterstützung (auch dauernde) bedürftiger Verwandter nach Maßgabe der Leistungsfähigkeit des Mündels und unter Berücksichtigung der gleichen Verpflichtung anderer leistungsfähiger Verwandten hinsichtlich der Höhe ist eine sittliche und auf Anstand beruhende Pflicht des Mündels. KG., PosMschr. **03** 112.

c) Stammler, Richt. R. 468, unterscheidet Schenkungen, die durch richtiges Recht α. geboten sind (sittliche Pflicht), β. nicht verboten sind und dann entweder dem Anstand entsprechen oder ganz freistehen. Der „Anstand" beurteilt sich nach dem, was nach konventionaler Übereinstimmung des Kreises, dem der Zuwendende angehört, als geboten erachtet wird (Gegengeschenke, Gelegenheitsspenden, Trinkgelder); die Zuwendung darf aber nicht sachlich ungerechtfertigt sein, z. B. den Mündel oder Unterhaltsberechtigte in Notlage bringen (466 ff.). Daraus, daß Schenkungen im Rahmen einer sittlichen Pflicht gestattet sind, folgert Stammler a. a. O. 457 ff., daß der Vormund zur Geltendmachung der Einrede der Verjährung nicht verpflichtet ist. S. JDR. **1** zu § 534 Note 1 und § 1804 Abs. 2.

3. Schenkung im Sinne des § 38 PreußVormO. v. 5. 7. 1875 (Bereicherung um der Bereicherung willen, jeder Freigebigkeitsakt, auch Verzichtleistung auf erworbenes Recht). **RG.** JW. **03** 19.

§ 1805. Läßt sich der Vormund Dienste vom Mündel leisten, die regelmäßig vergütet werden, so ist dies zwar keine Verwendung von Mündelvermögen, er muß aber nach Treu und Glauben Vergütung gewähren. Dernburg 360[6]; s. JDR. **1** zu § 1805.

§ 1807. 1. Seidel, PreußVerwBl. **24** 129 ff., gibt eine Übersicht über die in den einzelnen Bundesstaaten getroffenen Bestimmungen betreffs Anlegung von Mündelgeldern.

2. Gegen die JDR. **1** zu § 1807 Ziff. 2 c mitgeteilte Ansicht, daß auch Hypotheken an Erbbaurechten zu den mündelsicheren Anlagen nach § 1807 Ziff. 1 zu rechnen sind, wendet sich Wittmaack, AzivPr. **93** 323 ff. hauptsächlich mit folgenden Gründen:

a) § 1807 verlangt inländische Grundstücke, also eine besondere Qualifikation der Grundstücke (als Gegenstände von besonderem Werte, nicht rein formal als Rechtsobjekte, 350, 351), während nach § 1017 auf Erbbaurechte nur die für Grundstücke im allgemeinen ohne Rücksicht auf deren Beschaffenheit geltenden Vorschriften anwendbar sind. Der Begriff „inländische Erbbaurechte" würde auch mißverständlich sein (Inländern zustehende oder an inländischen Grundstücken bestehende?) (331, 332).

b) § 1017 beschränkt sich zwar nicht auf das Sachenrecht, er umfaßt

alle Vorschriften, die auf Eingehung und Inhalt der Rechtsgeschäfte über Grundstücke sich beziehen, darf aber nicht auf Bestimmungen ausgedehnt werden, die nicht die Gültigkeit solcher Geschäfte, sondern nur deren Ratsamkeit betreffen (338).

c) Die Entstehungsgeschichte vgl. 342 ff.: In den Motiven zu § 1664 Entw. I, der sedes materiae, ist das Erbbaurecht nicht erwähnt, andererseits wird in den Motiven zu § 781 Entw. I, wo verschiedene Bestimmungen als auch auf buchungsfähige Berechtigungen passend aufgeführt werden, § 1664 nicht genannt.

d) Die Beschränkung der Beleihungsfähigkeit in den bisherigen Gesetzgebungen auf Grundstückshypotheken; es sei nicht anzunehmen, daß das BGB. ohne ersichtlichen Grund und in so unklarer Weise von dem bisherigen Rechte abgewichen sei, an das es sich nach den Motiven habe anschließen wollen (352 ff.).

e) In keinem AusfGes. findet sich eine Andeutung: offenbar gehen die Landesgesetze davon aus, daß nur die Grundstücke nach § 1807 beleihungsfähig sind, nicht Erbbaurechte, Bergwerke usw. (Ausnahme: Erbpacht, s. unten).

Wittmaack a. a. O. 361 hält aber, wenn auch zweifelnd, auf Grund des Art. 63 EG. das Erbpachtrecht für beleihungsfähig, wo dies früher gestattet war. (Beleihungsgrenze für Erbpachtrechte in dem AG.z.BGB. für Mecklenburg-Schwerin und Strelitz).

Nach Wittmaack a. a. O. 379 ff. können die Landesgesetze nach § 1807 Abs. 2 auch die Beleihung gewisser Grundstücke oder Kategorien von Grundstücken (z. B. solche ohne regelmäßigen Ertrag, nicht versicherte Gebäudegrundstücke) verbieten.

Wittmaack a. a. O. 329 ff.: Bestehen in einem Bundesstaate keine Vorschriften über Beleihungsfähigkeit der Grundstücke, so muß der Vormund nachweisen, daß er bei Prüfung der Sicherheit die gehörige Vorsicht beobachtet hat. Bestehen derartige Vorschriften, so befreit die Einhaltung der im Gesetze gegebenen Direktiven bei Anlegung der Gelder den Vormund zwar nicht absolut von jeder Verantwortlichkeit, es muß ihm aber ein trotzdem vorhandenes Verschulden nachgewiesen werden, während die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften schon ein die Haftung begründendes Versehen ist, ohne daß ihm der Nachweis offen steht, daß die Anlage nach gewöhnlicher Ansicht sicher war; hat er auf Grundstücke ausgeliehen, ohne sich vorher eine Taxe vorlegen zu lassen, so kann er sich doch noch durch nachträgliche Beibringung einer den Wert zur Zeit der Beleihung dartuenden Taxe zum Nachweise der Innehaltung der Beleihungsgrenze befreien. Über gerichtliche Taxen Dernburg 363[5].

3. Über öffentliche Sparkassen s. PreußVerwBl. **22** Nr. 6. Seidel, PreußVerwBl. **24** 130, beantwortet die nach Landesrecht zu beurteilende Frage für Preußen dahin, daß eine öffentliche Sparkasse eine solche sei, für die ein Verband des öffentlichen Rechtes die Garantie übernommen hat, und erörtert die für die Zulassung der Sparkasse zur Anlegung von Mündelgeld maßgebenden Gesichtspunkte (ordnungsmäßige Verwaltung mit ausreichend geregelter Revision), insbesondere die Unzulässigkeit, die Zulassung an außerhalb des Sicherungszwecks liegende Bedingungen zu knüpfen, z. B. Verwendung des Reingewinns zu gemeinnützigen Zwecken bestimmter Art.

4. Die JDR. **1** zu § 1807 Ziff. 4 b angeführte Entscheidung findet sich auch BayrObLG. **3** 797, DJZ. **03** 480 und OLG. **6** 293.

5. Über Ansprüche des Mündels gegen den Vormund wegen gesetzwidriger Anlage OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 190 (Anspruch auf Rückgängigmachung der Anlage nur während der Dauer des Amtes des Vormundes, nachher Erstattung des aufgewendeten Geldbetrags mit Zinsen gegen Aushändigung der Werte).

§ 1809. 1. Huther, R. **03** 89 ff.: Trotz der Bestimmung des § 1809 kann Vormund nach wie vor mit befreiender Wirkung für den Schuldner das Geld erheben (§ 137); letzterer wird nur schadensersatzpflichtig. Auch für gemeinschaftlich verwaltende Mitvormünder gilt der wesentlich als Korrektiv gegen § 808 zu betrachtende § 1809; sie können aber die danach getroffene Bestimmung durch Vereinbarung mit der Anlegungsstelle selbständig (gemäß § 1812) wirksam wieder beseitigen, sie dürfen dies nur nicht.

2. Seidel, PreußVerwBl. **24** 131: Ist Mündelgeld mit der im § 1809 vorgesehenen Bestimmung angelegt, so kann nach erteilter Genehmigung zur Erhebung die Sparkasse vermöge des dann wieder vollwirksamen Charakters des Sparkassenbuchs als Ausweispapier an jeden Buchinhaber zahlen, nicht nur an den Vormund, sondern z. B. auch an den Mündel selbst. Ebenso ist nach Beendigung der Vormundschaft, die durch Bescheinigung oder Auskunft des Gerichts nachgewiesen wird, jeder Buchinhaber richtiger Zahlungsempfänger, da mit der Beendigung der Vormundschaft die Bestimmung nach § 1809 ihre Wirkung verliert. S. JDR. **1** zu § 1809 Ziff. 3.

3. Nach Leske 951[11], 952 findet nach 1. 1. 00 eine Außerkurssetzung von Sparkassenbüchern nicht mehr statt, da diese ein dem BGB. unbekanntes Institut ist; es bleibt aber eine vorher erfolgte Außerkurssetzung als Verfügungsbeschränkung (Art. 168 EG.) wirksam, ohne daß eine Wiederinkurssetzung, die auch dem BGB. fremd ist, noch stattfindet (vgl. LG. Meseritz, PosMschr. **01** 163). Nach Dernburg 369[7] (s. auch II § 154 Note 6) kann eine Außerkurssetzung auch noch nach 1. 1. 00 erfolgen, da Art. 176 EG. sich nur auf vollkommene Inhaberpapiere bezieht, deren bestimmungsmäßiger Umlauf durch die Vinkulierung leicht beeinträchtigt wird, dieser Grund aber auf Sparkassenbücher nicht zutrifft. S. JDR. **1** zu § 1809 a. E.; s. oben Seidel, PreußVerwBl. **24** 132.

§ 1810. Breit, CBlFrG. **4** 392 folgert aus der instruktionellen Bedeutung der Genehmigung, die allein für die Frage, ob der Vormund pflichtgemäß oder pflichtwidrig handele, von Einfluß sei, daß die Genehmigung niemals der Handlung nachfolgen könne, da sie ja an ihr nichts mehr zu ändern vermöge,[1]) sowie daß der Grundbuchbeamte die Eintragung einer Mündelhypothek (§ 1807[1]) nicht von dem Nachweise der Genehmigung abhängig machen könne.

§ 1811. 1. Her erörtert in WürttZFrG. **44** 239 ff. die Möglichkeit zeitweiliger Anlegung von Mündelgeldern bei Darlehnskassen (e. G. m. u. H.) mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

2. Seidel, PreußVerwBl. **24** 129: Die Anlegung kann in Preußen (Art. 73 § 1 AG.z.BGB.) gestattet werden, wenn die Hypothek zwar nicht innerhalb des Fünfzehnfachen des Reinertrags und nicht an erster Stelle steht, das vorausgehende Recht aber die Sicherheit der Anlage offenbar nicht gefährdet. JDR. **1** zu § 1811 Ziff. 1.

3. Eine stillschweigende Duldung noch kein „Gestatten". OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 190.

§ 1812. Die Einklagung (im Unterschiede von Vergleich und Anerkennung) und die Einleitung der zwangsweisen Beitreibung einer Forderung des Mündels sind noch keine Verfügungen über dieselbe; der Vormund bedarf in letzterer Hinsicht zum Auftrag an den Gerichtsvollzieher oder zum Antrag an das Vollstreckungsgericht der Genehmigung des Gegenvormundes nicht, wohl aber zur

---

[1]) ⇛ Dieser Satz ist in seiner Allgemeinheit unrichtig. Die nachträgliche Genehmigung beseitigt allerdings nicht die begangene Pflichtwidrigkeit, hat aber ihre Bedeutung als Gestattung des Fortbestehens der Anlage, die anderenfalls, soweit möglich, rückgängig zu machen wäre, und weiter ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit des Vormundes (Schultheis). ⇚

Annahme der im Zwangsweg eingetriebenen Leistung. Dernburg 375, 376; Planck zu § 1812 Ziff. 2. S. JDR. **1** zu § 1812 Ziff. 1.

Annahme einer Zahlung ist genehmigungsbedürftige Verfügung; in Ermangelung der Genehmigung nach § 1831 unwirksam. LG. Metz, ElsLothrNotZ. **03** 284, welches also Zahlung als einseitiges Rechtsgeschäft ansieht.

Die Anerkennung einer an einen Dritten (den der Verwaltung entsetzten Vater) geleisteten Zahlung einer Mündelforderung seitens des Vormundes ist ein Verzicht auf die Forderung und ist eine genehmigungsbedürftige Verfügung. OLG. **6** 296 (Colmar).

§ 1813. Ziff. 2. Die Notwendigkeit der Genehmigung des Gegenvormundes besteht auch, wenn die Teilleistung 300 Mark nicht übersteigt. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 149.

S. ferner KG., CBlFrG. **3** 460. Ist eine Hypothek noch bei Lebzeiten des Erblassers bezahlt worden, so bedarf die von dem Vormunde eines Minderjährigen ausgestellte Quittung und Löschungsbewilligung, falls kein Gegenvormund bestellt ist, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, auch wenn der Betrag unter 300 Mark ist.

Als eine Geldanlage im Sinne des § 1813 Ziff. 3 kann nicht die Erfüllung einer Bürgschaftsschuld mit dadurch begründeter Ersatzpflicht des Hauptschuldners angesehen werden. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 150.

§ 1816. Sperrvermerk nicht erforderlich, wenn die Forderung gemäß § 4[4] d. Ges. v. 20. 7. 1883 in die für Vermögensmassen ohne juristische Persönlichkeit bestimmte Abteilung VI des Schuldbuchs und die unter vormundschaftsgerichtlicher Aufsicht verwaltete „ungeteilte Vormundschaftsmasse" als Gläubigerin eingetragen ist und durch die Behörde „gewissermaßen vertreten" wird. Dann ist nach § 7 Abs. 1 d. Ges. v. 20. 7. 83 nur das Vormundschaftsgericht oder die von diesem bezeichnete Person zu Anträgen, welche diese Masse betreffen, befugt, auch nach Aufhören der Vormundschaft, nicht der Vormund oder die volljährigen Mündel; deshalb bedarf es in diesem Falle nicht der Verfügungsbeschränkung. Mücke, DJZ. **03** 22.

§ 1817. Dernburg 370 hält neben den JDR. **1** zu § 1817 Abs. 1 angeführten Umständen für notwendig, daß die Befreiung im Bedürfnis einer guten und zweckmäßigen Verwaltung liegt.

§ 1821. I. 1. Dernburg 373 über Charakter und Form der obervormundschaftlichen Genehmigung: Amtshandlung, aber wie private Erklärung anfechtbar; sie kann mündlich oder schriftlich erteilt werden, auch stillschweigende Erklärung der Genehmigung durch schlüssige Handlungen ist möglich. Über letzteres PreußVerwBl. **19** 161 ff. in Anknüpfung an ein die Möglichkeit bejahendes Urteil des Obertribunals v. 14. 2. 1862.[1])

2. Auf die Natur der obervormundschaftlichen Genehmigung ist es ohne Einfluß, ob der gesetzliche Vertreter selbst und allein handelt oder ob er zu der Handlung des Mündels seine Zustimmung gibt, oder einem Dritten Vollmacht zur Vornahme des Geschäfts erteilt; in allen Fällen handelt es sich um Genehmigung des Rechtsgeschäfts, nicht der Zustimmungserklärung des Vertreters. Breit, CBlFrG. **4** 398 ff. S. JDR. **1** zu § 1821 I 10.

3. a) Breit, Geschäftsfähigkeit I 326 f., 333 führt gegen Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen 19 ff., aus, daß die Wirksamkeit der Fiktion des § 894 ZPO. sich auch auf obervormundschaftlicher Genehmigung bedürftige Erklärungen erstrecke, ebenso wie Geschäftsunfähigkeit des Schuldners

[1]) OLG. **6** 296 (Colmar), R. **03** 156, spricht den Grundsatz aus, daß eine richterliche Entscheidung in der Regel durch konkludente Handlungen des Richters nicht ersetzt werden kann. S. a. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 190.

und Mangel gesetzlicher Vertretung im Zeitpunkte der Rechtskraft einflußlos sei. Vgl. a. Matthiaß, DJZ. **02** 205: Rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung vermag den Mangel der Geschäftsfähigkeit nicht zu ersetzen.

b) Da weder ein Schuldanerkenntnis noch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung an sich der Genehmigung des Gerichts unterliegen, so hat das Vollstreckungsgericht, bei dem die Vollstreckung aus einer solchen notariellen Urkunde gemäß §§ 794, 828 ZPO. beantragt ist, nicht zu prüfen, ob die urkundlichen Erklärungen des Pflegers materiell den Charakter eines seiner freien Vertretungsmacht nicht unterliegenden Rechtsgeschäfts hatten, sondern nur, ob die Urkunde formell den Nachweis eines vollstreckbaren Titels ergibt; jener Einwand ist durch Klage (§§ 767, 795 ZPO.) geltend zu machen. OLG. Rostock, MecklZ. **21** 31.

II. 1. a) Entgegen der JDR. **1** zu § 1821 Ziff. II 1b mitgeteilten Ansicht Kretzschmars vertritt Breit, CBlFrG. **3** 555, **4** 400 Note, den Standpunkt, daß die Zustimmung des Vormundes des Ehemanns zur Verfügung über ein zum eingebrachten Gute der Frau gehöriges Grundstück der obervormundschaftlichen Genehmigung nicht bedarf, weil nicht über ein Grundstück des Mündels verfügt wird, die Verwaltung und Nutznießung auch kein Recht an einem Grundstück und der § 1821[1] auch nicht entsprechend anwendbar ist; die Gegenansicht ließe sich nur verteidigen, wenn das gesamte eheliche Recht auf Nutznießung der obervormundschaftlichen Aufsicht unterstände. Vgl. auch Dennler, SeuffBl. **67** 401.

b) Der JDR. **1** zu § 1821 II 1a mitgeteilte Beschluß findet sich auch BayrObLG. **3** 141.

2. LG. Graudenz, PosMschr. **01** 7: Die Auflassung eines bereits vom Erblasser des Mündels durch notariellen Vertrag verkauften Grundstücks ist genehmigungsbedürftig (Nachprüfung der Rechtsgültigkeit und etwaiger Anfechtbarkeit). S. JDR. **1** zu § 1821 Ziff. II 1d.

3. a) Dernburg 378[4] zweifelt, ob nicht die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs Verfügung über das Recht ist. S. JDR. **1** zu § 1821 II 2a.

b) Dernburg 379[7] hält einen Vertrag, durch den der Vormund sich zur Übertragung des Besitzes an einem Grundstücke verpflichtet, für genehmigungsbedürftig.

4. Auch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung enthält eine Verfügung über das Grundstück (s. JDR. **1** zu § 1821 II 2c). Leske 960[3], Dernburg 378 Anm. 1.

5. Der JDR. **1** zu § 1821 II 3 Abs. 4 angeführte Beschluß des KG. findet sich auch KGJ. **24** A 238. Vgl. zu dieser Frage auch LG. Colmar, CBlFrG. **4** 411 (Fall eines Zuständigkeitswechsels Art. 23 EG.); ferner LG. Mainz, HessRspr. **4** 76 (Genehmigung des obligatorischen Vertrags schließt die der Auflassung in sich, da letztere diesfalls durch Urteil erzwingbar wäre).

OLG. Colmar, ElsLothrNotZtschr. **03** 23: Genehmigung einer Erbteilung in ihrem ganzen Umfang enthält die Genehmigung der in der Teilung übernommenen Verfügung über Grundstücke. S. a. LG. Straßburg, ElsLothrJZ. **26** 175.

§ 1822. Ziff. 3. **RG. 51** 33: Ein Vertrag, durch den eine Kommanditgesellschaft unter Beteiligung von Minderjährigen als Kommanditisten errichtet wird, bedarf der obervormundschaftlichen Genehmigung; auf die sonst vorhandene Nichtigkeit können trotz Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister auch die Minderjährigen sich berufen, da ihr Antrag der Genehmigung des zugrunde liegenden Geschäfts bedurft hätte und deshalb der Eintrag für sie nicht bindend ist. (Letzteres berührt jedoch nicht die volljährigen Beteiligten) S. JDR. **1** zu § 1822 III 2.

Ziff. 5. Die Anerkennung der Vaterschaft (§ 1718) ist einseitiges Rechtsgeschäft, kein Vertrag, sie bedarf daher zwar der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, aber nicht der obervormundschaftlichen Genehmigung; aber es knüpfen sich regelmäßig Rechtsgeschäfte an, die nach § 1822 [5] oder [12] genehmigungsbedürftig sind, so die zahlenmäßige Festsetzung des Umfanges der Unterhaltspflicht. Schmid, CBlFrG. **4** 318; vgl. Dernburg 287 [11].

Über das Verhältnis des § 1822 Ziff. 5 zu § 1902 Abs. 2 s. u. zu § 1902 Ziff. 2.

Ziff. 6. a) Horion, Gruchots Beitr. **47** 78 ff. hält, vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Lehrverträge nicht für erforderlich, die vom Provinzialverband in eigenem Namen und Interesse, aber nicht im Namen des Fürsorgezöglings geschlossen werden (da der Provinzialverband nicht gesetzlicher Vertreter ist, so kann er gar nicht im Namen des Zöglings abschließen); s. die IDR. **1** zu § 1822 VI mitgeteilte Entscheidung des KG., welche sich auch PosMschr. **03** 31 findet. [1])

b) PrOVG. **41** 333, CBlFrG. **4** 117, DIZ. **03** 58. Die Mitunterzeichnung des Lehrvertrags durch den Lehrling ist ein wesentliches Erfordernis, und die Polizeiverwaltung darf, wenn es an ihr fehlt, den Lehrling nicht zur Rückkehr in die Lehre anhalten.

Ziff. 7. Über die IDR. **1** zu § 1822 VII 2 behandelte Frage s. Gläßing, AöffR. **18** 68: Ergibt die Prüfung des Vorbehaltsgebiets, daß die vormundschaftliche Vertretungsmacht durch Genehmigungsakte des Obervormundes nicht eingeschränkt ist, so ist die Anwendung des reichsrechtlichen Genehmigungsrechts ausgeschlossen.

Ziff. 9. Breit, SächsA. **13** 313 und Geschäftsfähigkeit I 188 ff.: Nachträgliche Genehmigung der Wechselzeichnung im Falle eines Begebungsvertrags, der auch vom Standpunkte der Kreationstheorie möglich ist.

Breit, Geschäftsfähigkeit I 314: Genehmigungsbedürftig ist die Ausstellung, nicht die bloße Ausgabe einer vor der Entmündigung von dem Entmündigten ausgestellten Schuldverschreibung (die Begebung durch den gesetzlichen Vertreter steht der Begebung durch den geschäftsfähig gedachten Aussteller gleich; daher liegt Begebungsvertrag, kein Fall des § 794 Abs. 2 vor).

Ziff. 10. Die IDR. **1** zu § 1822 X 3 angeführte Entscheidung findet sich auch BayrObLG. **3** 646.

Ziff. 12. Ein Vergleich der Ehefrau mit ihrem Schuldner ist in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam, wenn der Vormund des Ehemanns zustimmt — es ist nicht bei einem Werte über 300 Mark Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Breit, CBlFrG. **3** 556.

Prozeßvergleich und Zwangsvergleich genehmigungsbedürftig. Dernburg 381, Leske 962 Note 14 u. 15; s. IDR. **1** zu § 1822 XII 2 u. 3.

Prozeßvergleich ist keine Prozeßhandlung. OLG. Königsberg, PosMschr. **03** 78.

Prozeßvergleich ist ein Vertrag, der allen Vorschriften des Privatrechts über Geschäftsfähigkeit und Verfügungsbefugnis unterliegt, und deshalb genehmigungsbedürftig: § 54 ZPO. tritt hinter § 1822 [12] zurück, die Fürsorgepflicht des Staates gegen die Mündel steht höher als die Rücksicht auf den Prozeßgegner. OLG **7** 122 (Dresden).

Ziff. 13. Diese Vorschrift ist nur zu verstehen von Aufhebung oder Minderung der Sicherheit für eine Forderung, die nach wie vor eine Forderung

---

[1]) Über die Frage, ob Vater oder Vormund für ihre Person den Lehrvertrag abschließen (dort bejahend, hier verneinend) Stammler, Richt. R. 347.

des Mündels bleibt. Die Löschungsquittung des Vormundes bedarf also der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht, nur die bloße Löschungsbewilligung bedarf ihrer. Brachvogel, Gruchots Beitr. **47** 546. Vgl. OLG. **5** 404 (KG.). S. JDR. **1** zu § 1822 XIII.

§ 1828. 1. Zu dem JDR. **1** zu § 1828 Ziff. 2d behandelten Beschwerderechte hat auch KGJ. **24** A 14, SeuffA. **58** 432, OLG. **6** 300 (KG.) dahin Stellung genommen, daß es dem Vertragsgegner des Mündels jedenfalls dann nicht zusteht, wenn er kein Recht auf den Vertragsabschluß hat. S. auch du Chesne, CBlFrG. **3** 326. Nach Dernburg 327[14] und 383[20] ist auch der Dritte beschwerdeberechtigt; nach Leske 964 hat er überhaupt kein Recht aus dem nicht genehmigten Geschäft und deshalb keine Beschwerde. Der Vater, der dem Auseinandersetzungspfleger als vertragschließender Teil gegenübersteht, wird durch Einwirkung des Gerichts auf das Verhalten des Pflegers nicht in seinem Rechte beeinträchtigt; daher kein Beschwerderecht. BayrObLG., SeuffBl. **68** 222.

BayrObLG., R. **03** 556 verweist auch in dem JDR. **1** zu § 1828 2d mitgeteilten Falle den Dritten immer auf den Rechtsweg.

2. Für Zulässigkeit der Stellvertretung (vgl. JDR. **1** zu § 1828 Ziff. 3a) auch KGJ. **24** A 216 (KG.) (entsprechende Anwendung des § 164 Abs. 3) und RheinNotZ. **02** 89.

3. Die Genehmigung wird erst mit der Bekanntmachung an den Vormund oder den zur Entgegennahme bestellten Vertreter wirksam; bis zu diesem Zeitpunkt ist das Gericht selbst nicht an die Genehmigung gebunden, sondern zur Rückziehung oder Abänderung berechtigt. Der Nachweis der Bekanntmachung ist dem Grundbuchamte durch Urkunde (§ 29 GBO.) zu führen. OLG. Colmar, CBlFrG. **3** 841 a. E., ElsLothrJZ. **28** 583, OLG. **7** 124, ElsLothrNotZ. **03** 215 mit einer Bemerkung der Redaktion, daß der Besitz der Genehmigungsverfügung bei nachträglicher wie bei vorheriger Genehmigung zum Nachweise der Bekanntgabe an den Vormund oder dessen Vertreter genügen müsse, da das Vormundschaftsgericht nicht genötigt werden könne, die Zustellung zu bewirken. Den Besitz der Genehmigungsverfügung in der Hand des Vormundes läßt LG. Colmar, ElsLothrNotZ. **03** 270 als Nachweis der Bekanntgabe genügen (OLG. Colmar spricht sich an letzterer Stelle über diese Frage nicht aus.)[1]

§ 1829. 1. a) Der JDR. **1** zu § 1829 Ziff. 2a angeführte Beschluß des BayrObLG. findet sich auch WürttZFrG. **44** 140 und RheinNotZ. **02** 88 ff., hier mit einer Besprechung, die hervorhebt, daß unverzichtbar nur das Recht des Vormundes sei, von der Genehmigung durch Mitteilung nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen oder nicht, daß dagegen die anderen Beteiligten auf die Mitteilung verzichten könnten, daß aber jenes Recht des Vormundes bei allseitiger Bevollmächtigung eines Notars zur Entgegennahme und Mitteilung der Genehmigung bzw. zur Entgegennahme dieser Mitteilung gewahrt werde, da die Ermächtigung jederzeit widerruflich sei; für den letzteren Fall wird in dieser Besprechung Wirksamwerden des Vertrags in dem Augenblick, in dem dem Notar die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zugeht, angenommen,[2]) also eine

---

[1]) ⟹ OLG. Colmar und die angeführten Erörterungen unterscheiden in dem gegebenen Falle einer nachträglichen Genehmigung nicht zwischen dem Erfordernisse des § 1828 und dem des § 1829 und kommen deshalb zu keiner hinreichenden Klarheit. OLG. Colmar geht darin fehl, daß es an die Bekanntmachung nach § 1828 die Unabänderlichkeit der Genehmigung knüpft, die erst mit der Mitteilung nach § 1829 eintritt. Will man den Nachweis der Bekanntmachung an den Vormund in der Form des § 29 GBO. verlangen, so muß dies folgerichtig auch für die vorhergehende Genehmigung geschehen (Schultheis). ⟸

[2]) ⟹ In dem daselbst angegebenen ersten Musterbeispiele fehlt die Ermächtigung des Notars zur Mitteilung der von ihm entgegengenommenen Genehmigung namens des Vormundes, er wird nur zur Entgegennahme dieser Mitteilung seitens der übrigen Beteiligten

besondere Betätigung des Entschlusses, von der Genehmigung Gebrauch zu machen, nicht für erforderlich gehalten, ein Ergebnis, zu dem auch die IDR. **1** zu § 1829 Ziff. 2 c mitgeteilte Entscheidung des BayrObLG., auch abgedruckt BayrObLG. **3** 684, DIZ. **03** 407 und RheinNotZ. **03** 183, gelangt; ebenso Planck Note 3 zu § 1829.

§ 1829 enthält kein dispositives Recht. LG. Straßburg, ElsLothrIZ. **28** 498.

b) Das Kaiserl. Ministerium (ElsLothrNotZ. **03** 250) hält eine Vereinbarung für zulässig, daß die Mitteilung als bewirkt gelten soll, wenn der Bevollmächtigte, der zur Entgegennahme und Mitteilung der Genehmigung und Stellung des Eintragungsantrags ermächtigt ist, den Eintragungsantrag mit der ihm erteilten Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses dem Grundbuchamt einreicht, und hält weiter Bestellung des beurkundenden Notars zum Bevollmächtigten trotz § 171[1] FrGG. für zulässig, weil nur Vollmacht zur formellen Erledigung des beurkundeten Rechtsgeschäfts in Frage steht.

c) Die Genehmigung wird dem Dritten gegenüber wirksam, sobald ihm die Mitteilung durch den von allen Beteiligten mit der Erwirkung der Genehmigung beauftragten Notar zugeht. LG. Metz, ElsLothrNotZ. **03** 95.

d) Oehl, BayrNotZ. **02** 145 ff. hält die Vorschriften des § 1829 Abs. 1 für solche absoluter Natur und Parteiverzicht für ausgeschlossen, ebenso eine Bevollmächtigung des Notars zur Entgegennahme der obervormundschaftlichen Genehmigung und der Mitteilung für unzulässig, da der Vormund als Vertreter kraft Gesetzes zur Substitution nicht befugt sei, die Erklärung des Gerichts auch nur gegenüber dem Vormund und eventuell einem zu bestellenden Pfleger gegenüber erfolgen dürfe, der bayrische Notar überdies nicht in solcher Weise als Mandatar der Beteiligten fungieren dürfe; trotzdem hält er im Anschluß an das Bayr. ObLG. (s. IDR. **1** zu § 1829 Ziff. 2 a) es für statthaft, daß die Gegenpartei auf sofortige Mitteilung der Genehmigung verzichtet und dem Vormunde gestattet, in der Weise von der Genehmigung Gebrauch zu machen, daß er einseitig beim amtierenden Notare (als Mittelsperson) den Antrag stellt, den Vertrag zur Umschreibung beim Grundbuchamte vorzulegen (die Beteiligten erlangen dann durch die Umschreibung Kenntnis von der Genehmigung).

Mahla, BayrNotZ. **02** 233 ff. führt aus: Eine Vertretung des Vormundes in allen Vermögensangelegenheiten ist zulässig, zumal der Vormund dadurch nicht die Einwirkung verliert (Widerruf); die Mitteilung der Genehmigung an die Beteiligten kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen und dadurch genügend zum Ausdrucke kommen, daß entsprechend dem bei dem Vertragsschluß erklärten und demnächst aufrecht erhaltenen Willen der Beteiligten dem Notar der Beschluß ausgehändigt wird; der Notar ist hierbei nicht Vertreter im Willen. Mahla empfiehlt deshalb die Formel: „das Gericht wird ersucht die Zustellung des Genehmigungsbeschlusses an den Vormund zu Händen des Notars zu bewirken. Mit dem Einlaufe des Beschlusses bei dem Notar soll die Genehmigung den übrigen Beteiligten als seitens des Vormundes mitgeteilt angesehen und allen Beteiligten gegenüber wirksam werden."

2. Eine Vereinbarung, daß die nachträgliche Genehmigung als erteilt und mitgeteilt gelten solle, wenn der Gegner binnen bestimmter Frist keine gegenteilige Nachricht erhält, kann die Mitteilung nicht ersetzen, dem Vormunde nicht

---

bevollmächtigt. „Ganz einwandfrei" ist daher nur das zweite daselbst gegebene Muster wesentlich anderen Inhalts: Ermächtigung des Notars die Mitteilung durch den Vormund für die übrigen Beteiligten entgegenzunehmen, in Verbindung mit der Vereinbarung, daß der Vertrag mit der Aushändigung des dem Vormunde bekannt gemachten Genehmigungsbeschlusses durch den Vormund an den Notar wirksam werden soll (Schultheis). ←

die Möglichkeit nehmen, durch Unterlassen der Mitteilung das Zustandekommen des Vertrags zu hindern. LG. Mainz, HessRspr. **4** 85.

3. Der JDR. **1** zu § 1829 Ziff. 3 b (1 b) mitgeteilte Beschluß findet sich auch BayrObLG. **3** 439 und BayrNotZ. **02** 174 ff.

4. a) Josef, DNotVZ. **03** 556 ff. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist eine „Verfügung", sie wird also nach § 16 FrGG. erst durch die Bekanntmachung wirksam.

§ 16 Abs. 3 FrGG. will besagen, daß die dem Erlasse der Verfügung nachfolgende Bekanntmachung durch Übergabe eines Schriftstücks sich erübrige, wenn die Verfügung dem Anwesenden „zu Protokoll" bekannt gemacht wird; erst mit dem Abschlusse des Protokolls ist die Bekanntmachung vorschriftsmäßig erfolgt und hiermit erst die Verfügung wirksam.[1] [A. M. OLG. **4** 349 (Braunschweig.)]

Eine nur mündlich mitgeteilte Verfügung des Vormundschaftsrichters, durch welche die Genehmigung zu einem von dem Vormunde geschlossenen Vertrag erteilt wird, wird dem anderen Teile gegenüber durch die Mitteilung des Vormundes nicht wirksam, a. M. KGJ. **24** A 11 (KG.); s. JDR. **1** zu § 1829 Ziff. 1 f.

b) Mit der Mitteilung des Vormundes an den Vertragsgegner, daß die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht verweigert sei, ist die Weigerung wirksam und der Vertrag schlechthin unwirksam geworden; die Verweigerung kann auch in der Beschwerdeinstanz nicht mehr geändert werden, eine im Einverständnisse der Parteien erfolgte Zurückziehung jener Mitteilung läßt den beseitigten Vertrag nicht wieder aufleben, es erübrigt nur Neuabschluß des Vertrags. KGJ. **25** A 17, RheinNotZ. **48** 67, OLG. **6** 294 (KG.).

5. a) Der grundbuchmäßige Nachweis der Mitteilung der Genehmigung an einen Dritten kann nicht durch dessen öffentlich beglaubigte Erklärung geführt werden. OLG. **7** 365 (Colmar); s. a. ElsLothrJZ. **26** 175 (LG. Straßburg): Nachweis der Mitteilung in Form des § 29; s. JDR. **1** zu § 1829 Ziff. 3 a. Öffentlich beglaubigte Urkunde erachtet für ausreichend zum Nachweise der Mitteilung eine Verfügung des Kaiserl. Ministeriums (ElsLothrNotZ. **03** 250).

b) Wenn die Mitteilung der Genehmigung durch Vermittelung des Gerichts geschah, so wird der Nachweis der Mitteilung dem Grundbuchamte gegenüber durch Bezugnahme auf den Aktenvermerk geführt (§ 29² GBO., §§ 415, 448 ZPO.). Das Zugehen der Mitteilung an den Geschäftsgegner wird vermutet. LG. Colmar, CBlFrG. **3** 545. Dagegen Breit, DJZ. **03** 175.

6. Breit, Geschäftsfähigkeit I 140: Den Inhalt der Erklärung nach Abs. 2 § 1829 bildet nur das an sich rechtlich bedeutungslose Erklären-Sollen, während die effektiven Rechtswirkungen — Möglichkeit der Genehmigung nur innerhalb 2 Wochen, fingierte Verweigerung — vollständig unabhängig von dem Willen eintreten.

§ 1831. 1. Breit, SächsA. **13** 283 ff. (293, 312) handelt über einseitige Rechtsgeschäfte und die Möglichkeit, statt der nicht absolut einseitigen Geschäfte, z. B. Vollmachterteilung (Prokura), die Form eines Vertrags zu wählen, so daß nachträgliche Genehmigung wirksam erteilt werden kann. S. a. Breit, Geschäftsfähigk. I 178 ff., besonders 183, 185, 187, sowie über das Anerkenntnis im Sinne des § 208: 186 a. E., 187, 202.

2. Im sächs. JMBl. **03** 32 Nr. 4 wird Wiederholung des ohne obervormundschaftliche Genehmigung vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfts nach erteilter Genehmigung empfohlen; s. R. **03** 230, wo noch hervorgehoben wird, daß die

---

[1]) Ebenso Frese, FrG. 61⁹.

Ausschlagung einer Erbschaft durch den Vormund mit nachträglicher Genehmigung des Gerichts unwirksam ist und deshalb mit Ablauf der Ausschlagungsfrist die Erbschaft als angenommen gilt.[1]) Vgl. JDR. **1** zu § 1831 Ziff. 1.

3. a) Böhm, R. **03** 284, betont, daß es genügt, wenn die obervormundschaftliche Genehmigung nach der notariellen Ausschlagungserklärung, aber vor deren Einreichung beim Nachlaßgericht erfolgt.

b) Bei Erbschaftsausschlagung durch den Vormund genügt das Vorhandensein der obervormundschaftlichen Genehmigung im Augenblicke der Absendung der Erklärung an das Nachlaßgericht; auf den Zeitpunkt der Niederschrift und Beglaubigung der Erklärung kommt es nicht an. Wollte man auch die Niederschrift zur Vornahme des Geschäfts rechnen, so würde doch die Ausdehnung des Erfordernisses vorheriger Genehmigung auf diesen Teil des Geschäfts jedes inneren Grundes entbehren; ein Schwebezustand kann nicht eintreten. Sachse, DJZ. **03** 25.

Dagegen bezeichnet Breit, DJZ. **03** 174 (s. a. SächsA. **13** 326, Geschäftsfähigk. I 274) nicht die Absendung, sondern den Zugang (§ 130) als maßgebenden Zeitpunkt; im übrigen errörtert er nur für § 1398 wichtige Unterschiede. Vgl. Dernburg 153⁴ und 384. (S. auch o. Ziff. 1 zu § 111 u. Ziff. 1 zu § 130.)

c) Die JDR. **1** zu § 1831 Ziff. 2 Abs. 1 a. E. angeführte Entscheidung findet sich auch KGJ. **24** A 217; so auch LG. Köln, RheinNotZ. **48** 162.

§ 1833. 1. Matthiaß 385: Der Schadensersatzanspruch kann schon während der Dauer der Vormundschaft geltend gemacht werden, er geht unbeschränkt gegen die Erben, unterliegt der gewöhnlichen Verjährung. Dagegen will Richter, Vormundschaftsrecht 332 den § 852 anwenden. Vgl. über die Frage der Verjährung auch die JDR. **1** Ziff. IV zu § 1833 Zitierten.

2. OLG. **7** 256 (KG.): Die baren Auslagen einer unbegründeten Beschwerde des Vormundes fallen dem Mündel zur Last; hat der Vormund dieselben gegen besseres Wissen oder in grober Fahrlässigkeit bei seiner nur als Anregung der Offizialtätigkeit anzusehenden Beschwerde verschuldet, so hat der Mündel Rückgriffsrecht.

§ 1836. Auch der zum Nachlaßpfleger bestellte Rechtsanwalt führt die Pflegschaft grundsätzlich unentgeltlich; eine bewilligte Vergütung soll die gesamte Tätigkeit, auch die Schreibarbeit entlohnen; für letztere ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände (Umfang der Korrespondenz) die Annahme einer Schreibhilfe als erforderliche Aufwendung zu betrachten, die neben der Vergütung zu erstatten ist. BayrObLG. **4** 1174, OLG. **7** 358, R. **03** 402.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

§ 1837. 1. Der Vormundschaftsrichter ist kraft seines Aufsichtsrechts, soweit es die Lage des Einzelfalls und dessen Bedürfnis erheischt, befugt, dem Vormund in Zweckmäßigkeitsfragen bindende Anweisung zu erteilen; pflichtwidrig ist jede Verletzung der Interessen des Mündels, objektiv pflichtwidrig daher auch die unzweckmäßigen Handlungen, wenngleich kein Verschulden vorliegt; hiermit soll aber die Selbständigkeit des Vormundes nicht verneint werden.

Dernburg 316¹, 385²) ff., (336⁴, 392 Nr. 10) gegen die im „Banne der Äußerung der Motive" IV 1026 befangene herrschende Meinung; s. JDR. **1** zu § 1837 Ziff. I 3; Leske 966⁴. LG. Gießen, HessRspr. **4** 116.

2. a) Das Aufsichtsrecht betrifft seinem Wesen nach nur das Verhältnis des Vormundes zum Gericht ohne Wirkung nach außen auf Handlungen des

[1]) S. PosMschr. **01** 45 (LG. Posen).

[2]) ➳ Bei Dernburg 385 Note 2 ist irrig Schultheis statt Schultetus 145 zitiert. — Red. ⬻

Vormundes im Rahmen seiner gesetzlichen Befugnisse. Fügt er sich der Anordnung des Vormundschaftsgerichts, so erscheint der Vormund als Handelnder, nicht das Gericht. Dem Dritten steht deshalb kein Beschwerderecht gegen eine Anweisung des Vormundschaftsgerichts, aber auch keine Beschwerde gegen den Vormund in dem lediglich den Mündelinteressen dienenden Aufsichtsweg, sondern nur der Rechtsweg zu. OLG. **7** 125 (KG.).

b) Das Vormundschaftsgericht führt nur die Aufsicht, die Sorge für das Vermögen hat der gesetzliche Vertreter; nur an diesen, nicht an ersteres kann der Vater das Verlangen auf Herausgabe des Vermögens zur Nutznießung richten. Die Aufsichtspflicht besteht nur im Interesse des Kindes, für den Dritten hat das Gericht nicht zu sorgen, seine Stellungnahme gegenüber dem den Anspruch des Vaters ablehnenden Pfleger (Unterlassen von Maßregeln nach § 1837) berechtigt den Vater nicht zur Beschwerde, es steht ihm nur der Rechtsweg offen. BayrObLG. **4** 449, R. **03** 362.

3. a) Über die Anstrengung eines Prozesses hat, wie in anderen Zweckmäßigkeitsfragen, der Vormund allein zu entscheiden. OLG. **7** 126 (KG.). Das Gericht kann den Vormund nicht zur Befriedigung eines Anspruchs anhalten, den er aus sachlichen Gründen nicht anerkennt, OLG. **7** 423 [1], (KG.); s. IDR. **1** zu § 1837 I Ziff. 6 und BayrObLG. **3** 118. Vgl. auch OLG. **7** 422 (KG.), wo die Selbständigkeit des Vormundes in Wahl und Wechsel der Schule anerkannt und das Einschreiten durch Gebote und Verbote auf bewußte oder unbewußte Pflichtwidrigkeit beschränkt wird.

b) Pflichtwidrigkeit ist auch eine bewußt unzweckmäßige Berufswahl; Eingreifen des Gerichts durch Gebot oder Verbot (unter Strafandrohung), soweit es zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist, um nötigenfalls die Zuführung zu einem anderen Berufe zu erreichen. LG. Gießen, HessRspr. **4** 116; s. IDR. **1** zu § 1837 I 7.

4. Bendix, DIZ. **03** 522, charakterisiert die Aufgabe des Vormundschaftsrichters dahin, daß er als gesetzlich bestellter Anwalt der sozial Hilflosen in Wahrnehmung der Interessen des Mündels für diesen Partei zu ergreifen, alle rechtlich zulässigen Vorteile (ökonomische, gesellschaftliche und persönliche) für den Mündel zu erlangen suchen müsse, und will deshalb denselben als Prozeßrichter in den Fällen ausgeschlossen wissen, in welchen er die Klagerhebung veranlaßt oder bei der Prozeßführung durch seinen Rat mitgewirkt hat. Ebenso Guggenheimer, HessRspr. **4** 96; vgl. dazu Josef, CBlFrG. **4** 172.

5. Bei Prüfung und Bestätigung eines Erbteilungsvertrags, durch welchen das Erbteil für Minderjährige ausgemittelt wird, ist seit Inkrafttreten der öffentlichen Arbeiterversicherung der Vormundschaftsrichter verpflichtet, darauf zu halten, daß, wenn das Mündel in dem Hausstande des überlebenden Ehegatten verbleibt und gegen den Zinsgenuß unterhalten werden soll, auch die Verbindlichkeit übernommen wird, von Beginn des 16. Lebensjahrs ab Beitragsmarken in die auf seinen Namen ausgestellte Quittungskarte einzukleben, sobald seine Verwendung zu häuslichen, gewerblichen oder landwirtschaftlichen Arbeiten erfolgt. B. Hilse, KGBl. **14** 65. S. auch o. zu § 611 Note 8b.

6. Die tatsächliche Sorge der außerehelichen Mutter für die Person des Kindes ist ein Elternrecht, nicht ein Vormundschaftsrecht; insoweit steht die Mutter, auch wenn sie Vormund geworden, nur unter der dem Gericht einem Parens gegenüber obliegenden Aufsicht, nicht unter der des § 1837. Dernburg 281 [15].

7. Das Vormundschaftsgericht ist nicht beschwerdeberechtigt, wenn das Grundbuchamt einen durch Vermittelung des Vormundschaftsgerichts an dasselbe gelangten Antrag abgelehnt hat; das Vormundschaftsgericht ist nicht ersuchende Behörde. LG. Bromberg, PosMschr. **01** 79.

§ 1839. 1. Regelmäßige und eingehende Kontrolle auch der vermögenslosen Vormundschaften gehört zu den wichtigsten Aufgaben des Richters. Köhne, Jahresber. der Berl. JurGes. 1902/03, 80, 81; s. a. über Erziehungsberichte R. **03** 73.

2. a) Reichhelm, DJZ. **03** 398. Zu der Auskunftspflicht der zum Vormunde bestellten unehelichen Mutter gehört auch die Nennung des Vaters; Unterlassung ist Pflichtwidrigkeit und kann zur Entlassung führen; der neue Vormund kann gegen die Mutter auf Grund des § 1707 klagen (mögliche Einrede aus § 226); s. JDR. **1** zu § 1837 I 7.

b) Gegen einen Anspruch auf Namensnennung gegenüber der Mutter Goldmann, DJZ. **03** 472 (die Mutter hat nur die tatsächliche Fürsorge; ein Anspruch aus § 1707 wäre überdies nicht klagbar, vielmehr Einschreiten des Vormundschaftsrichters aus § 1666); s. a. Tebelmann, DJZ. **03** 570, der im Gegensatze zu Goldmann a. a. O. der Mutter Zeugnisweigerungsrecht im Prozesse des Mündels gegen den Vater wie im Verfahren vor dem Vormundschaftsgerichte gibt.[1])

c) Gegen eine Rechtspflicht der Mutter, dem Kinde den Namen des Vaters zu nennen, auch Marcus, CBlFrG. **4** 210 (die Sorge für die Person des Kindes erstreckt sich nicht auf die lediglich vermögensrechtlichen Ansprüche des Kindes gegen den Vater). Auch Dernburg 285[3] hält die Mutter hierzu dem Vormundschaftsgerichte gegenüber nicht für verpflichtet und zur Zeugnisweigerung im Alimentationsprozesse für berechtigt. (Gegen Beeidigung der Mutter als Zeugin Guggenheim, HessRspr. **4** 95.)

§ 1843. Die JDR. **1** zu § 1843 Abs. 2 angeführte Entscheidung findet sich auch BayrObLG. **3** 797, DJZ. **03** 480 und OLG. **6** 293.

§ 1844. Gläſſing, A.öffR. **18** 59: Die Sicherheit ist durch Ordnungsstrafen erzwingbar, die sofortige Vollstreckung der Sicherheit im Augenblicke der Gefahr wird durch den Entlassungsantrag (§ 1889) nicht beseitigt, Eintrag der Sicherungshypothek nicht abgewendet. Für die Zulässigkeit von Ordnungsstrafen auch Matthiaß II 380 und Staudinger IV 644, gegen dieselbe Richter, Vormundschaftsrecht 282.

Schultetus 161: Die Anordnung einer Sicherheit wegen der bis zur Aushändigung des Vermögens erwachsenden Ansprüche wird durch den Entlassungsantrag nicht ausgeschlossen.

§ 1846. 1. Zu der JDR. **1** zu § 1846 Ziff. 1a behandelten Frage, OLG. Stuttgart, WürttZFrG. **45** 105, welches Tätigkeit von Amts wegen zwecks Feststellung der Vaterschaft und Regelung der Unterhaltsansprüche, insbesondere Vernehmnng des Vaters im Wege der Rechtshilfe für zulässig hält, namentlich auch im Falle des § 1846. S. oben zu § 1793 Ziff. 10.

2. a) Das Vormundschaftsgericht kann in diesen Fällen auch als Vertreter des Mündels handeln (Kündigung, Rücktrittserklärung). Leske 970; vgl. Dernburg 389 (Ersuchen an das Grundbuchamt); s. JDR. **1** zu § 1846 Ziff. 2 a.

b) Wenn ein Mündel keinen Vormund hat oder dieser rechtlich verhindert ist, kann ein Geschäftsführer ohne Auftrag für den Mündel handeln und seine Erklärung von dem später bestellten Vormund oder Pfleger genehmigt werden. LG. Cöln, RheinNotZ. **02** 50.

[1]) Keidel, SeuffBl. **68** 25 ff. behandelt die Frage, ob die Mutter in einem Offenbarungseidverfahren nach § 899, 807 ZPO. ihrem Gläubiger den Namen des außerehelichen Vaters nennen müsse, und bejaht sie im Gegensatze zu einer SeuffBl. **67** 479 abgedruckten Entscheidung des AG. München für den Fall, daß ihr Ansprüche gegen den Vater (§§ 1715, 1709 Abs. 2, 1300) zustehen.

§ 1848. Nach Dernburg 395 kann es sich bei der Verweisung auf § 839 Abs. 3 nur um Fälle handeln, in denen der frühere Mündel den Schaden nach erlangter Volljährigkeit durch Rechtsmittel abzuwenden unterließ (ein Verschulden seines Vormundes genügt nicht, Nichteinlegung des Rechtsmittels seitens des Mündels (§ 59 FrGG.) ist kein Verschulden); a. M. Planck Ziff. 3 zu § 1848.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

§ 1849. 1. a) Eise, Der Gemeindewaisenrat im Deutschen Recht: Die Organisation ist dem Landesrecht überlassen (für Preußen, Bayern, Sachsen, Baden, Hessen, Elsaß-Lothringen a. a. O. 29—70, für Württemberg und die übrigen deutschen Staaten 70—73). Er ist Hilfsorgan des Vormundschaftsgerichts und je nach Landesrecht diesem subordiniert oder koordiniert (16—18). Als Hilfsorgan hat er kein Beschwerderecht gegen Anordnungen des Vormundschaftsgerichts[1]) (20—26) und haftet nach den §§ 823 ff., nicht aber nach § 839 (26—28). (s. IDR. **1** zu § 1849 Ziff. 1 b.) Die Verpflichtungen des Gemeindewaisenrats sind reichsrechtlicher Natur; über landesrechtliche Vorschriften, besonders über seine Mitwirkung bei der Zwangserziehung vgl. 115—123, über Mängel des Instituts und Vorschläge zu seiner Ausbildung 124—130.

b) Ketelhodt, ThürBl. **49** 225 ff. handelt über die „Frau als Gemeindewaisenrat": I. Das BGB. schließt die Frau zwar nicht aus, stellt aber auch nicht Mann und Frau völlig gleich, vielmehr dürften dieselben Gesichtspunkte und besonderen Voraussetzungen wie bei Vormundschaft und elterlicher Gewalt maßgebend sein (z. B. §§ 1783, 1697 und 1887). II. Die Landesrechte, die den Gemeindewaisenrat als Gemeindeamt ausgestalten, schließen damit die Frau aus und lassen sie nur in der (fakultativen) Funktion einer den Waisenrat unterstützenden Waisenpflegerin zu. III. Den Frauen, deren Tätigkeit in der Waisenpflege für die Mündel von großem Nutzen ist, besonders im Interesse einer besseren Prüfung ihrer Bedürfnisse liegt, ist eine den Waisenräten im allgemeinen gleiche Stellung einzuräumen.

2. Wie der Vormund, so ist auch der Pfleger, wie der Gegenvormund, so auch der Beistand vorzuschlagen. Eise a. a. O. 95.

§ 1850. 1. Die Aufsicht ist eine fortlaufende. Eise 70. Familienratsmitglieder werden nicht überwacht, wohl aber Gegenvormund und Beistand (77). Kein Recht selbständiger Anordnungen (83, 84) — Auskunfterteilung kann nur vom Vormundschaftsgerichte, nicht von sonstigen Behörden gefordert werden (90, 91). — Die Tätigkeit bei der Verwaltung des Mündelvermögens ist keine positive Einmischung in die Vermögensverhältnisse eines Mündels, sondern nur Anzeige, wenn eine Gefährdung des Mündelvermögens zu erwarten steht.

2. Die Bestellung des Gemeindewaisenrats zum Vormunde oder Pfleger ist wegen Pflichtenkollision nur statthaft, wenn die Aufsicht einem anderen Gemeindewaisenrat übertragen wird. Eise 104; s. IDR. **1** zu § 1850 Ziff. 3.

§ 1851. Auch die Bestellung eines Beistandes ist dem Gemeindewaisenrate mitzuteilen (Eise 106), die gesetzliche Vormundschaft des Anstaltsvormundes (EG. Art. 136) nur, wenn Landesrecht diese Benachrichtigung vorschreibt (107). Anzeigepflichtig ist das Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk ein Mündel bevormundet wird (108).

V. Befreite Vormundschaft.

§ 1852. Aufnahme der Befreiungen in die Bestallung ist nicht vorgeschrieben; sie sind ohnedies rechtsgültig und werden, wenn sie nicht gültig

---

[1]) Ebenso Planck IV 600 Nr. 4; a. M. Dernburg 333[2], Kuhlenbeck (2) zu § 1850 und KGJ. **20** A 139, welche Beschwerderecht nach § 57 Abs. 1 Ziff. 9 FrGG. annehmen.

getroffen sind, durch die Aufnahme auch nicht gültig. Dernburg 341[3]; s. JDR. 1 zu § 1852 Ziff. 2c.

§ 1857. Auch Entgehen eines Gewinns kann Interessengefährdung sein. Dernburg 341[4].

VI. Familienrat.

§ 1859. 1. Nach Dernburg 330 muß der antragstellende Verwandte voll geschäftsfähig sein.

2. KG., PosMschr. **03** 113, erörtert den Begriff des für die Bestellung nach Abs. 1 maßgebenden Interesses: Interesse nicht identisch mit pekuniärem Vorteil; auch Erfüllung sittlicher und Anstandspflichten (Unterstützung bedürftiger Verwandten) geschieht im Mündelinteresse, die Bestellung eines Familienrats wegen der genaueren Kenntnis der einschlägigen Verhältnisse ist hier im Mündelinteresse, um die Aufsicht hinsichtlich der Bemessung der Unterstützungen sachgemäß zu üben.

3. Josef, Buschs Z. **31** 83: Da die Änderung einer gerichtlichen Verfügung wegen veränderter Umstände nur insoweit zulässig ist, als das materielle Recht die Änderung gestattet, so kann der nach § 1859 eingesetzte Familienrat nur aus einem der Gründe in §§ 1879, 1880, nicht aber wegen des späteren Eintritts von Tatsachen, die seine Fortdauer als nicht mehr dem Mündelinteresse dienlich erscheinen lassen, aufgehoben werden.

§ 1874. Dernburg 331 hält nicht für ausgeschlossen, daß die Mitglieder einstimmig durch Umlauf schriftliche Beschlüsse fassen; a. M. Planck Note 1 zu § 1874.

§ 1875. Abs. 1. Das Gesetz spricht von den durch eine Unterlassung verursachten Kosten und lehnt damit grundsätzlich den Standpunkt ab, daß begrifflich einer bloßen Unterlassung niemals eine Kausalität in Ansehung eines entstandenen Schadens zugeschrieben werden könne. RG. **52** 373.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

§ 1882. 1. Breit, Geschäftsfähigkeit I 277: Zu einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, die der Mündel am Tage vor seiner Volljährigkeit abgesandt hat und die deshalb wegen der mangelnden Geschäftsfähigkeit auch dann unwirksam ist, wenn der Zugang in die Zeit der Volljährigkeit fällt, kann auch der Vormund in der Zwischenzeit zwischen dem Eintritte der Volljährigkeit und dem Zugange nicht mehr seine Einwilligung erteilen; es bleibt nur Zustimmungserklärung oder Wiederholung seitens des Volljährigen.

2. Dem Vormunde, der nach Beendigung seiner Vertretungsmacht namens seines ehemaligen Mündels ein Zwangsversteigerungsverfahren betreibt, fallen die Kosten desselben persönlich zur Last, auch wenn er im guten Glauben war, da der Mündel gar nicht Partei in dem Verfahren werden konnte. OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **03** 284.

§ 1885. Geisteskrankheit nimmt auch ohne Entmündigung dem Vormunde die Fähigkeit zur Vormundschaft (§ 1780). Dernburg 396; s. JDR. 1 zu § 1885 Abs. 2.

Brunswig, Handlungsfähigkeit 14 (21) läßt zwar den nicht entmündigten Geschäftsunfähigen (§ 104 2) bis zur Entlassung Vormund bleiben, aber § 206 Anwendung finden wegen Gleichheit des Grundes, da die Verhinderung des gesetzlichen Vertreters eine rechtliche und Mündel daher als unvertreten zu betrachten sei.

§ 1886. 1. Beleidigung des Vormundschaftsrichters hält Dernburg 396[6] (gegen Cosack II § 337 IV 2; s. auch JDR. 1 zu § 1886 Ziff. 4) für

einen möglichen Entlassungsgrund, da das Mündelinteresse richtiges Zusammenwirken aller Beteiligten erfordere.

2. a) Die Entlassungsverfügung kann dem Vormunde selbst wirksam zugestellt werden, auch wenn er in dem Verfahren einen Vertreter bestellt hat. Josef, CBlFrG. 3 765.[1])

b) Nach Dernburg 396 kann auch ein früherer Termin als die Bekanntmachung für die Wirksamkeit der Entlassung gesetzt werden. S. JDR. **1** zu § 1886 Ziff. 6b.

3. Die minderjährige Mutter eines unehelichen Kindes kann gegen den Beschluß, der ihren Antrag auf Enlassung des Vormundes des Kindes ablehnt, nicht ohne Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters Beschwerde führen; § 59 FrGG. unanwendbar, weil nicht eine die Person der Mutter unmittelbar betreffende Angelegenheit in Frage steht. KG., CBlFrG. 3 662, R. **03** 125, OLG. **6** 299; s. oben zu § 1676.

§ 1889. Die im Mündelinteresse liegende Übernahme einer Vormundschaft durch das Gericht des Wohnsitzes des Mündels kann nicht von der vorgängigen Entlassung oder Enthebung des entfernt wohnenden Vormundes abhängig gemacht werden. BayrObLG. 3 766.

§ 1892. 1. Verweigert der Vormund die Rechnungslegung, so steht dem Vormundschaftsgerichte kein Zwangsmittel durch Ordnungsstrafen gegen ihn zu, da sein Aufsichtsrecht mit der Beendigung der Vormundschaft erloschen ist und ihm nur noch eine vermittelnde Tätigkeit obliegt. Leske 982, 983, Dernburg 399; s. JDR. **1** zu § 1892 Ziff. 1.

2. Dernburg 399 gibt dem Vormunde wie dem Gegenvormunde nach abgenommener Schlußrechnung und Vermögensherausgabe einen Anspruch auf Entlastung und Quittung; s. JDR. **1** zu § 1892 Ziff. 2c. Gegen Entlastungspflicht Leske 983.

3. Der JDR. **1** zu § 1892 Ziff. 2e mitgeteilte Beschluß findet sich auch BayrObLG. **3** 182.

4. Der JDR. **1** zu § 1892 Ziff. 3a angeführte Beschluß des OLG. Königsberg findet sich auch PosMschr. **01** 65.

5. a) Im CBlFrG. 3 477 behandelt Frese weiter die „Beurkundung von Rechtsgeschäften im Verfahren" (s. JDR. **1** zu § 1892 Ziff. 4) unter Betonung des Gegensatzes zu selbständigen Beurkundungen von Rechtsgeschäften[2]): jene sind nicht wie diese an die Form der §§ 168 ff. FrGG. reichsgesetzlich gebunden, so daß sie mangels der Form nichtig wären, sie können und müssen zuweilen (bei Unmöglichkeit) ohne Beobachtung jener Form stattfinden, wenn auch eine entsprechende Anwendung der Formvorschriften regelmäßig angezeigt sein wird. S. auch Wächter-Spittler, CBlFrG. **4** 82 und 83.

Frese, FrG. 30[10] und 32[17] (107[18]): Die Erklärung nach § 1892 Abs. 2 ist als eine einer besonderen Form nicht bedürfende Erklärung im Verfahren von dem Richter, vor dem sie abgegeben ist, zu beurkunden, unter entsprechender Anwendung der Vorschriften für Beurkundungen von Rechtsgeschäften außerhalb des Verfahrens, die jedoch nur instruktionelle Bedeutung haben.

b) Die zu dem Geschäftskreise des Vormundschaftsgerichts gehörenden Beurkundungen von Rechtsgeschäften (z. B. § 1892) fallen als durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen unter § 1 FrGG. und unter das Rechtshilfegebot des § 2 FrGG. Hanfft, DJZ. **03** 29.

---

[1]) Über die Anwendbarkeit des § 176 ZPO. in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 16 Abs. 2 FrGG.) s. KGJ. **22** A 198, CBlFrG. **2** 560, Frese, CBlFrG. **3** 320 (bejahend), Werle, CBlFrG. **3** 1, Josef, CBlFrG. **3** 763 (verneinend).

[2]) S. auch Frese, FrGG. 28 und 29, 289, 290.

Josef, DJZ. **03** 150 mit anderer Begründung (§§ 1, 2 FrGG. auf alle Beurkundungen von Rechtsgeschäften anwendbar mit Ausnahme derjenigen in einem Verfahren, das den Gerichten durch Landesgesetz übertragen ist.).

§ 1893. Dernburg 398 III hält die Rückgabe der Bestallung nicht für vormundschaftsgerichtlich erzwingbar, aber äußerstenfalls Prozeßweg für gangbar. S. JDR. **1** zu § 1893 Ziff. 2.

Zweiter Titel.
Vormundschaft über Volljährige.

Literatur: Brunswig, Handlungsfähigkeit der Geisteskranken. Leipzig 1902. — Endemann, Entmündigung wegen Trunksucht, Jur.-psychiatr. Grenzfr. I Heft 4. — Schäfer, Aufgaben d. Gesetzgeb. hins. d. Trunksüchtigen, Jur.-psychiatr. Grenzfr. I Heft 5/6. — Schultze, Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, Jur.-psychiatr. Grenzfr. I Heft 1.

§ 1896. Rosenberg, Arch. f. Kriminal-Anthropologie u. Kriminalistik **03** 232 ff., behandelt die Frage einer Vormundschaft über Verbrecher; er schlägt vor eine von dem Gericht als Vormundschaftsbehörde zu überwachende öffentlichrechtliche Vormundschaft über Verbrecher, bei welchen das öffentliche Interesse eine dauernde Überwachung erfordert (namentlich Personen von zweifelhafter oder verminderter Zurechnungsfähigkeit, aber auch bei unzurechnungsfähigen, nicht gemeingefährlichen Personen und bei zurechnungsfähigen Rückfälligen); die Vormundschaftsbehörde soll befugt sein, die durch die besonderen Umstände des Falles gebotenen örtlichen und zeitlichen Beschränkungen der Freiheit anzuordnen, die — anders als der Ausspruch des Strafrichters — sich jederzeit den veränderten Verhältnissen anpassen können und bei denen die Internierung in ein Arbeits- oder Pflegehaus erst als ultima ratio erscheint.

§ 1899. Dernburg 400 Note 4 tadelt die Inkonsequenz, daß zwar die Eltern des adoptierten Mündels (in der Regel) von der Berufung ausgeschlossen seien, trotz Gleichheit des maßgebenden Gesichtspunkts (Veränderung der sozialen Verhältnisse) den Großvätern der Anspruch auf die Vormundschaft über die adoptierten Enkel aber belassen sei,[1] und spricht sich überhaupt vom legislatorischen Standpunkt aus gegen die Berufung der Großväter über Volljährige aus.

§ 1901. I. 1. Diese Vorschrift entzieht dem Vormunde mit der Beschränkung der Fürsorgepflicht keineswegs einen Teil der Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten; die Anerkennung der Vaterschaft (§ 1718) würde deshalb in den Bereich seiner Vertretungsmacht auch dann fallen, wenn sie nicht lediglich eine Vermögensangelegenheit wäre. Schmid, CBlFrG. **4** 317.

2. Der gesetzliche Vertreter eines wegen Trunksucht Entmündigten ist zur Stellung eines Strafantrags nach § 65 Abs. 2 StGB. nicht befugt, da der Entmündigte nicht geschäftsunfähig ist und sein Antragsrecht nicht verliert. KG., DJZ. **03** 250 unter Anführung von Olshausen (6) I 296 Note 14 zu § 65 u. Oppenhoff (14) 193 Note 12 zu § 65.

[1] ➠ Dieser Vorwurf trifft das Gesetz wohl nicht. Denn die Berufung der Großväter über volljährige Enkel beruht auf § 1897, der die Vorschriften für die Vormundschaft über Minderjährige, also auch § 1776 Abs. 2 BGB. heranzieht, soweit sich nicht aus §§ 1898 bis 1908 ein anderes ergibt. Für die gesetzliche Berufung der Großväter ergibt sich aus den letzteren Vorschriften ein anderes nur hinsichtlich der Reihenfolge (§ 1899) und der möglichen Bevorzugung anderer Personen (§ 1900), nicht aber hinsichtlich der im §§ 1776 Abs. 2 vorgesehenen Ausnahme von der Berufung, deren Anwendung auf die Bevormundung Volljähriger bei Gleichheit des Grundes durch die Vorschrift des § 1899 Abs. 2 nicht etwa per argumentum e contrario ausgeschlossen, sondern außer Zweifel gestellt wird. (Schultheis, s. a. Vormundschaftsrichter 195 Note 8.) ⟵

II. 1. Dernburg 401 gesteht „persönliche Erziehungs- und Zuchtgewalt" dem Vormund in der Regel nicht zu; dieselbe „fällt" auch nach Leske 985 „ohne weiteres fort". S. IDR. **1** zu § 1901 Abs. 1. Brunswig 29: Erziehung und Ausbildung zu einem Berufe werden meistens nicht in Frage kommen.

2. a) Delius, PreußVerwBl. **22** 71: Der Vormund des entmündigten und ebenso der des unter vorläufige Vormundschaft gestellten Trunksüchtigen kann diesem den durch den Heilungszweck gebotenen Aufenthalt in einer Trinkerheilanstalt kraft seines Sorgerechts (§§ 1901, 1800, 1631) anweisen, seine Zurückführung durch polizeiliche Hilfe veranlassen und Präventivmaßregeln bei zu befürchtender Flucht anordnen; aus diesem Beaufsichtigungsrechte folgt weiter die Zulässigkeit sonstiger dem Heilzwecke dienender Zwangsmittel (Entziehung geistiger Getränke usw.); selbstverständlich kann sich der Vormund zur Durchführung seiner Pflichten geeigneter Personen (Anstaltspersonals) bedienen.

Für Zulässigkeit der Unterbringung durch den Vormund in eine Anstalt und Festhaltung auch gegen den Willen des Trinkers: Schäfer, Aufgaben der Gesetzg. hinsichtl. d. Trunks. 18. A. M. Endemann, Entmündigung v. Trunks. 32: Kein Erziehungsrecht; das Aufenthaltsbestimmungsrecht berechtigt nicht zur Unterbringung in eine Heilanstalt, sonst würde jede Rechtsgarantie fehlen, da obervormundschaftliche Genehmigung nicht vorgesehen ist; auch wäre konsequent dem Vormund eines Verschwenders die Unterbringung in einer Arbeitsstelle zu gestatten; es würde ihm auch in Ermangelung öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Macht fehlen, die zwangsweise Unterbringung durchzusetzen.

b) Brunswig 29 erörtert die Befugnis des Vormundes zur Unterbringung des Mündels in einer Irrenanstalt, die mit der Entmündigung an sich nichts zu tun hat. Grund zur Unterbringung ist für den Vormund der Heilzweck und die Beseitigung der eigenen Gefährdung des Mündels, während die Gefährdung Dritter den Vormund nichts angeht;[1] er fordert reichsrechtliche Regelung, die das Ermessen des Vormundes beseitigt (s. a. 73 ff.).

Der IDR. **1** zu § 1901 Abs. 2 erwähnte Beschluß findet sich auch BayrObLG. **3** 673, Seuff. A. **58** 356 und OLG. **6** 297; s. a. Rosenberg, Arch. f. Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik **03** 234; s. a. OLG. **7** 339 (KG.), wo aus der Stellung des Vormundes (Sorge für Heilung und Pflege) das Beschwerderecht des Ehemanns der Entmündigten gegen die Auswahl des Vormundes aus § 57 [9] FrGG. gefolgert wird.

III. 1. KG., PosMschr. **03** 191: Die Pflicht des Vormundes, dem Mündel geeignete Pflege zu verschaffen und Schutzmaßregeln gegen etwaige Gefährdung zu treffen, kann bei Mißhandlung und Vernachlässigung des Mündels (einer Frau) durch den Mann die anderweite Unterbringung rechtfertigen, wenn auch an sich die Rechte des Mannes aus §§ 1353, 1354 durch das Bestehen der Vormundschaft nicht berührt werden.

2. Die dem Ehemann aus der ehelichen Gemeinschaft zustehenden Rechte werden durch die Fürsorge des Vormundes nicht berührt. Leske 985; s. IDR. **1** zu § 1901 Abs. 3.

§ 1902. 1. Brunswig 30, 31: Auch die Gewährung einer Aussteuer durch den Vormund ist genehmigungsbedürftig; die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einer Ausstattung macht diese nicht ohne weiteres zu einer angemessenen. S. IDR. **1** zu § 1902.

2. Matthiaß 398: Neben den in § 1902 ausgesprochenen Beschränkungen

---

[1]) ➠ Er trägt aber doch die Verantwortung nach § 832! Soll er wirklich nicht aus diesem Grunde zur Unterbringung in einer Anstalt berechtigt sein? (Schultheis.) ⟵

bestehen alle Beschränkungen des Altersvormundes aus § 1822. Ebenso Staudinger IV 684.

§ 1906. 1. a) Dernburg 404[9] hält es für zweckmäßig, mit der vorläufigen Vormundschaft bis nach Einleitung des Entmündigungsverfahrens, wenn diese auch nicht gesetzliches Erfordernis ist, zu warten. S. JDR. **1** zu § 1906 Ziff. 2.

b) Da die vorläufige Vormundschaft mit der rechtskräftigen Abweisung des Entmündigungsantrags endet, unter dieser Abweisung aber sowohl die nach Einleitung des Verfahrens erfolgende Ablehnung der Entmündigung als auch die Ablehnung der Einleitung des Entmündigungsverfahrens selbst zu verstehen ist, so kann die vorläufige Vormundschaft nach rechtskräftiger Ablehnung der Einleitung des Entmündigungsverfahrens auch nicht mehr angeordnet werden. KGJ. **26** A 181, ZBlFrG. **4** 134, R. **03** 395, OLG. **7** 126[1].

c) Schitting, R. **03** 390, spricht sich dahin aus, daß der Vormundschaftsrichter, wenn ihm der Entmündigungsrichter einen Antrag auf Entmündigung wegen Trunksucht zur Einleitung der vorläufigen Vormundschaft vorlegt, bei Rückgabe des Antrags seine Entschließung zu den Entmündigungsakten mitzuteilen hat, da diese mit Rücksicht auf § 681 ZPO. von Bedeutung sei.

2. Endemann, Entmündigung Trunks. 21, verlangt zur vorläufigen Bevormundung, daß der Richter den Tatbestand der ausgeprägten Trunksucht für festgestellt erachtet.

3. Frese, FrG. 127: Für den Zeitpunkt der Wirksamkeit (§ 52 FrGG.) der Anordnung der vorläufigen Vormundschaft ist die Richtung des Entmündigungsantrags entscheidend; ob wirklich Geistesschwäche oder Geisteskrankheit vorliegt, ist gleichgültig.

4. Der nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellte ist im Entmündigungsverfahren, abgesehen von § 664 ZPO., nicht prozeßfähig. OLG. **7** 126 (Hamburg).

5. Gegen den die vorläufige Vormundschaft aufhebenden Beschluß des Beschwerdegerichts findet einfache weitere Beschwerde statt (§ 60 Ziff. 5 FrGG. trifft nicht zu). OLG. **7** 207 (KG.).

6. Über die vorlänfige Kuratel nach österr. Recht vgl. Nemethy, ÖstAGZ. **03** 211: Keine „vorläufige Entmündigung" wie im § 1906.

§ 1908. Abs. 3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts, die eine vorläufige Vormundschaft aufhebt, wird mit der Bekanntmachung an den Mündel wirksam: § 52 FrGG. enthält eine Ausnahme vom § 26 FrGG., um den mit Rücksicht auf § 114 wichtigen Endpunkt der vorläufigen Vormundschaft außer Zweifel zu stellen. KGJ. **25** A 188, CBlFrG. **3** 663, OLG. **6** 107, R. **03** 126.

Brunswig 42 will im Falle der Aufhebung nach § 1908 Abs. 3 den § 115 Abs. 2 analog anwenden s. JDR. **1** zu § 1908 Ziff. 1.

Dritter Titel.
Pflegschaft.

§ 1909. 1. Der JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 1 mitgeteilten Ansicht des KG. tritt Josef, CBlFrG. **3** 602 (VI) in seiner Abhandlung über die Einwirkung des Hervortretens streitiger Rechtsverhältnisse auf die Tätigkeit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei, indem er den Grundsatz aufstellt, daß das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich der Entscheidung über eine von ihm auf Grund eines bestimmten Tatbestandes zu treffende Anordnung nicht deshalb entziehen kann, weil es hiermit über bestrittene Rechte der Beteiligten entscheiden müßte. (Ausnahmen s. daselbst 608 (597, 600); s. auch BayrObLG.,

SeuffBl. **67** 450 und Buschs Festgabe für Koch 201: Die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben in der Regel auch über privatrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden, gleichviel ob diese den eigentlichen Gegenstand des vor ihnen schwebenden Verfahrens bilden oder nur inzidenter auftreten, eine Voraussetzung für ihre Entscheidung bilden (Verweisung auf den Prozeßweg nur ausnahmsweise).

2. a) Die Bestellung eines Pflegers zur Führung eines Rechtsstreites ist regelmäßig nicht wegen Aussichtslosigkeit des Prozesses abzulehnen; dies zu prüfen, ist Sache des Pflegers, der durch die Bestellung nicht unbedingt zur Prozeßführung verpflichtet wird. OLG. **6** 302 (KG.), s. auch OLG. **7** 126 (KG.). S. IDR. **1** § 1909 Ziff. 2a und unten Ziff. 8b Abs. 2.

b) Gegen die Bestellung eines Pflegers zur Vertretung des Kindes im Rechtsstreite hat dessen Prozeßgegner kein Beschwerderecht, auch wenn infolgedessen der elterliche Gewalthaber als Zeuge vernommen werden kann; hierdurch wird ein tatsächliches Interesse, kein Recht des Gegners beeinträchtigt, er hat nur ein Recht auf Vorhandensein und Feststellung der gesetzlich geordneten Vertretung. KGJ. **24** A 154, s. auch OLG. **7** 204 (KG.).

3. a) Der Umstand, daß dem Kinde eine Pflichtteils- oder Quotenvermächtnisforderung gegen den Vater zusteht, macht die Anordnnng einer Pflegschaft noch nicht unter allen Umständen, sondern nur dann notwendig, wenn das Interesse des Kindes eine vertragsmäßige Feststellung oder eine Sicherung dieser Forderungen erheischt. Ob dies der Fall, ist Tatfrage. An der rechtsgeschäftlichen Feststellung ist der Vater schon kraft Gesetzes gehindert; im übrigen, z. B. hinsichtlich der bloßen Erfüllung, ist er durch das Bestehen eines erheblichen Interessengegensatzes an sich noch nicht gehindert, eine Angelegenheit des Kindes zu besorgen — deswegen allein also mit Rücksicht auf § 1628 auch noch nicht Pflegschaft zulässig —, sondern erst dann, wenn er wegen dieses Gegensatzes nach erfolgter Anhörung gemäß §§ 1630 Abs. 2, 1796, 1673 durch Beschluß von der Vertretung ausgeschlossen ist. Seitz, SeuffBl. **68** 235, 253.

b) Ist die Mutter als Vorvermächtnisnehmerin, das Kind als Nachvermächtnisnehmer eingesetzt, so kommen Verwaltungshandlungen des letzteren in der Regel erst mit dem Anfall in Frage und liegt bis dahin kein Interessenstreit zwischen dem Vater als Nutznießer des Vermögens seiner Frau und dem Kinde vor; die Möglichkeit von Sicherungsmaßregeln (Arrest) in der Zukunft ohne gegenwärtigen konkreten Anhalt rechtfertigt noch keine Pflegschaft (keine Vigilanzpflegschaft). OLG. **7** 127 (KG.).

c) Dollinger, WürttZFrG. **44** 65ff., behandelt die Pflegschaftsbestellung bei aufgeschobener Eventualteilung: bei Vereinbarung des Aufschubs und bei Nachholung der Teilung ist Pfleger notwendig, ebenso aber auch zur Entscheidung über Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des Antrags auf Auseinandersetzung, der sich als Kündigung der Erbengemeinschaft darstellt; der zum Zwecke der Teilungsaufschubsvereinbarung zu bestellende Pfleger ist alsbald für alle eine besondere Vertretung erheischenden Fälle einzusetzen, da das Gesetz nicht eine Bestellung von Fall zu Fall verlangt.

d) LG. Posen, PosMschr. **03** 4: Pflegschaft für die Erhebung und Verwaltung ausländischer Erbschaften, wenn nach dem Rechte des Auslandes (Nordamerika) eine außerhalb dieses Rechtsgebiets angeordnete Vormundschaft oder die Befugnis der elterlichen Gewalthaber nicht anerkannt wird.

4. a) Hat das Beschwerdegericht ein Verbot des Vormundschaftsgerichts (Unterstützung bedürftiger Verwandten) auf Beschwerde des Vormundes aufgehoben, so kann das Vormundschaftsgericht nicht zwecks Erhebung weiterer Beschwerde einen Pfleger bestellen, da keine Verhinderung des Vormundes, insbes.

keine Interessenkollision vorliegt. Die Pflegschaftsanordnung ist aber, solange sie nicht aufgehoben ist, (allgemein, nicht nur im Prozesse) maßgebend, auf die Ungesetzmäßigkeit der Pflegerbestellung kann nicht die Unzulässigkeit der Beschwerde gegründet werden. KG., PosMschr. **03** 112. S. IDR. **1** zu § 1909 Ziff. 2 d.

b) Hat das Amtsgericht eine Pflegschaft angeordnet und einen Pfleger bestellt, das Landgericht aber die Pflegschaftsanordnung aufgehoben, so kann gegen letzteren Beschluß der Pfleger nicht Namens des Kindes Beschwerde erheben; er ist dazu nicht legitimiert. OLG. Jena, ThürBl. **49** 87.

5. a) Der IDR. **1** zu § 1909 Ziff. 3 b aufgeführte KG.-Beschluß findet sich auch KGJ. **26** A 20 und CBlFrG. **3** 659, R. **03** 125, OLG. **6** 303.

b) Der Zweck, den Bedachten von der Verwaltung des zugewandten Vermögens auszuschließen, kann nicht mehr durch eine Verwaltungspflegschaft erreicht werden, sondern nur durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers. OLG. **7** 130 (KG.); vgl. IDR. **1** zu Art. 210 Ziff. I 2.

Maßgebender Zeitpunkt für die Pflegschaft ist nicht der des Antrags, sondern der nach dem Willen des Erblassers zu bestimmende Augenblick, in dem die Pflegschaft eingeleitet werden soll. OLG. **6** 301 (KG.).

c) Der zur Verwaltung letztwillig zugewendeten Vermögens berufene Pfleger ist zur Vertretung seines Pflegebefohlenen auf die Angelegenheiten beschränkt, welche mit der Verwaltung dieses Vermögens zusammenhängen; dasselbe gilt auch von seiner Befugnis zur Vertretung seines Pflegebefohlenen in Prozessen. **RG.** IW. **03** Beil. 3.

6. a) Einer Pflegerbestellung bedarf es nicht bei richterlichen Maßnahmen auf Grund des § 1635 oder des § 1666; letzterenfalls ist der Pfleger erst zu bestellen, wenn dem Gewaltinhaber die persönliche Sorge entzogen ist. Köhne, Jahresber. der BerlJurGes. **02/03** 79.

b) Nach Entziehung des Fürsorgerechts hat das Vormundschaftsgericht an Stelle des Vaters einen Pfleger mit einem bei der Verpflichtung und in der Bestallung möglichst genau abzugrenzenden Wirkungskreis zu bestellen; denn der in dem Entziehungsverfahren bestellte Pfleger (s. IDR. **1** zu § 1635 II 1 und zu § 1666 II 2 b) ist auf die Vertretung des Kindes in diesem Verfahren gegenüber dem Vater beschränkt. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 72; OLG. **5** 364; Salinger, IW. **03** 62 a. E.

7. Der Vormundschaftsrichter ist unzuständig, eine Entscheidung darüber zu treffen, ob zwischen Vater und Sohn ein schriftlicher Lehrvertrag erforderlich oder entbehrlich sei, weil solche den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten vorbehalten ist. Die Pflegschaft ist deshalb stets anzuordnen, wenn der Gewalthaber auf Bestellung eines Pflegers zum Zwecke der Vollziehung des Lehrvertrags mit seinem Sohne anträgt. B. Hilse, KGBl. **14** 1; CBlFrG. **3** 709; vgl. auch R. **03** 177 und 310. A. M. Schmale, R. **03** 261: Ob ein Lehrvertrag zwischen Vater und Sohn zu schließen ist, beruht nicht auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften, sondern auf zivilrechtlichen Grundsätzen. Die GewOrd. regelt die Pflichten des Lehrherrn, und wenn diese durch Vertrag auf einen Dritten übertragen werden, die Form dieses Vertrags und seine Folgen in gewissen, das allgemeine Wohl berührenden Punkten. Ob die besonderen Voraussetzungen (s. oben zu § 1631) für Abschluß eines Lehrvertrags vorliegen, prüft lediglich der Vormundschaftsrichter.[1])

[1]) ➠ Da der Abschluß eines förmlichen Lehrvertrags zwischen Vater und Kind, selbst wenn man denselben nicht immer für notwendig erachtet, doch stets zulässig ist, so dürfte eine Prüfung der Frage, ob noch „besondere" Voraussetzungen vorliegen, dem Vormundschaftsrichter nicht zustehen. Derselbe hat vielmehr einen Pfleger zur Vertretung bei dem beabsichtigten Vertragsschluß zu bestellen, er darf nicht einen solchen Vertragsschluß, auch wenn er ihn nicht für nötig hält, durch Verweigerung der Pflegschaftsanordnung unmöglich machen. Die besonderen Voraussetzungen gehören nach dem von Schmale

8. a) Da die Entmündigung nicht von Amts wegen eingeleitet wird, so würde es eine Umgehung des § 646 ZPO. bedeuten, wenn das Gericht einer entmündigungsreifen Person von Amts wegen einen Pfleger lediglich zwecks Stellung des Entmündigungsantrags bestellen wollte. Endemann, Entmündigung wegen Trunksucht 19[25]. S. JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 6b und 1910 Ziff. 4c.

b) Duensing, Verletz. d. Fürsorgepfl. gg. Minderj. 64, 65[1], hält Pflegerbestellung zur Herbeiführung eines Strafantrags, den der Vormund zu stellen pflichtwidrig unterläßt, für unzulässig: Der Umstand, daß das Unterlassen des Strafantrags in den Augen Dritter einschließlich des Vormundschaftsrichters, pflichtwidrig erscheint, vermag nicht eine Beschränkung eines öffentlich-rechtlichen, diskretionär auszuübenden Rechtes, wie es das Antragsrecht ist, zu begründen, auch der pflichtwidrige Wille des Vormundes ist entscheidend, nur rechtliche oder tatsächliche Verhinderung des Vormundes ist Grund für Pflegschaft nach § 1909. Zur Entziehung der Vormundschaft kann das Unterlassen des Strafantrags allerdings führen. S. JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 8.

Duensing a. a. O. 65[2] spricht sich hinsichtlich des auch nach der eben mitgeteilten Auffassung noch möglichen Pflegers zur Stellung eines Strafantrags (z. B. gegen den Vater) dahin aus, daß dieser den Antrag »nolens volens« zu stellen habe, von der Ausübung eines diskretionären Antragsrechts also keine Rede sei, da schon die Ernennung des Pflegers die Entscheidung darüber enthalte.

9. Für die Auswahl eines Pflegers darf nur das Mündelinteresse maßgebend sein. KG., DJZ. **03** 224 f.

10. Dernburg 403[6] hält vorläufige Pflegschaft mit der Wirkung des § 114 nicht für möglich (§ 114 kein Satz des Vormundschaftsrechts, daher im § 1915 nicht in Bezug genommen). S. JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 9.

§ 1910. 1. a) RG. **52** 240, R. **03** 19, JW. **02** Beil. 274 (s. a. DJZ. **03** 208): Auch Geisteskranken und Geistesschwachen, die im Sinne des § 6 ihre Angelegenheiten im allgemeinen nicht zu besorgen vermögen, kann ein Pfleger für einzelne Angelegenheiten bestellt werden, falls das praktische Bedürfnis nur eine so beschränkte Vertretung verlangt. Dies ergibt die Entstehungsgeschichte; die Auslegung steht auch mit dem Wortlaut in vollem Einklange. Diese Pflegschaft ist insbesondere geboten, wenn ein Entmündigungsantrag, z. B. bei voraussichtlicher Heilung in absehbarer Zeit, gar nicht gestellt wird (s. DJZ. **03** 208). Dieser Ansicht sind auch Dernburg 407, Brunswig 50[1]; Frese, FrG. 112: Vertreter für vorübergehende Zwecke (einzelne Angelegenheiten). Vgl. JDR. **1** zu § 1910 Ziff. 1a und o. Ziff. I 2 zu § 6.

b) Brunswig 55[3] hält eine Pflegschaft nach § 1910 Abs. 2 auch in Fällen für zulässig, in denen der entmündigungsreife Kranke eine voraussichtlich kurze Zeit seine Angelegenheiten nicht besorgen kann; er kann aber trotz seiner Entmündigungsreife das Verständnis für die Bedeutung der Pflegschaft haben und diese durch Widerspruch hindern, weshalb auch Entmündigung zulässig ist.

c) Schultze, Stellungnahme des RG. z. Entmündigung 25 ff.: Sowohl der Wortlaut des § 1910, wie seine Entstehungsgeschichte lassen es zu, daß die Pflegschaft bei jeder Form und Schwere von geistiger Störung angewandt wird; auch aus rein praktischen Gründen erscheint das ratsam, und eine Gefährdung der Rechtssicherheit ist dabei nicht zu befürchten. Es ist nur notwendig, daß in dem konkreten Falle die Vertretung der erkrankten Person sich nur auf einzelne ihrer Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis ihrer Angelegenheiten, insbesondere ihrer Vermögensangelegenheiten, erstreckt; auf diesem objektiven Moment liegt der Nachdruck.

---

a. a. O. angeführten Beispiel wohl durchweg dem Gebiete der Zweckmäßigkeitsfragen an. (Schultheis.) ←

d) Endemann, Entmündigung von Trunks. 14[17], spricht sich auch für Pflegerbestellung bei Geisteskranken zur Besorgung einzelner Angelegenheiten oder im Falle der Aussicht auf baldige Heilung aus.

2. Beberfeld, Friedreichs Blätter f. gerichtl. Med. **54** 33 ff., bespricht die Unterschiede zwischen den geistigen Krankheiten und Gebrechen: der Geisteskrankheit und Geistesschwäche als den Formen der Unfähigkeit zur Erledigung aller seiner Geschäfte steht die Gebrechlichkeit gegenüber, die nur nach bestimmten einzelnen Beziehungen hin Defekte aufweist. Diese werden oft Erscheinungsformen einer noch nicht vorgeschrittenen Geisteskrankheit sein, als Gebrechen kann angesehen werden übergroße Vergeßlichkeit, allzustarke Entwickelung gewisser Triebe, die über Vernunft und Sitte herrschen; der Zustand kann sich der Verschwendungssucht nähern und der Trunksucht ähnlich sein (s. a. Friedreichs Bl. **54** 166). Vgl. JDR. **1** zu § 1910 Ziff. 1b und JDR. **2** Ziff. I 1c zu § 6.

3. Brunswig 104: Die Anfechtung nach §§ 1336 und 1595 kann für den Geschäftsfähigen nie durch einen Vertreter erfolgen; dem geschäftsfähigen Geisteskranken, der nicht entmündigt werden kann, weil er seine Angelegenheiten zu besorgen vermag, der aber gerade betreffs der erwähnten Anfechtung anormal denkt, diese Angelegenheit also nicht zu besorgen vermag, kann nicht ein Pfleger nach § 1910 bestellt werden.

4. a) Die Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers hat nicht die Bedeutung, den Pflegling in seiner Geschäftsfähigkeit zu beschränken, vielmehr hat der Pfleger nur die Stellung eines von Staats wegen für die betreffenden Angelegenheiten bestellten Prozeßbevollmächtigten. Er ist berechtigt, Rechtshandlungen für den Pflegling vorzunehmen, schließt jedoch diesen nicht vom Selbsthandeln aus. Mot. IV 1356, Mot. z. ZPO. Nov. 52 (Ausnahme § 53 ZPO.). Daher kann daneben das Bedürfnis einer vorläufigen Vormundschaft bestehen. KGJ. **26** A 23, DJZ. **03** 454, OLG. **7** 126; s. a. Frese, FrG. 36[3], welcher hervorhebt, daß diese Pflegebefohlenen von der Teilnahme am Verfahren der FrG. nicht ausgeschlossen sind.

b) Schefold, A.zivPr. **94** 306: Da ein Gebrechlicher nicht geschäftsunfähig, also bei ihm eine Prozeßführung durch gesetzlichen Vertreter mit der juristischen Logik nicht vereinbar ist, so greift § 53 ZPO. zu einer Fiktion.

5. a) Schultze, Stellungnahme 29: Verständigung erfordert, im Gegensatze zu der bloßen Mitteilungsmöglichkeit, die Fähigkeit zutreffender und sinngemäßer Beurteilung der Angelegenheiten, insbesondere Einsicht in den Zweck einer Vertretung.

b) Nach LG. Breslau, CBlFrG. **3** 805, kann nur der Richter entscheiden, ob Verständigung möglich ist.

c) Beberfeld, Friedreichs Bl. f. gerichtl. Med. **54** 35: Wird eine Pflegschaft „gegen den Willen des Gebrechlichen" ⋙ soll wohl heißen: ohne den Willen des G. ⋘ eingeleitet, so kann die vorherige Anhörung eines Arztes als selbstverständlich bezeichnet werden, wenn auch eine ausdrückliche Anordnung im Gesetze fehlt.

6. Der Gläubiger kann, da ein Prozeßunfähiger zur Leistung des Offenbarungseids nicht angehalten werden kann, die Bestellung eines Pflegers für seinen volljährigen geisteskranken, aber nicht entmündigten Schuldner zur Vertretung im Offenbarungseidsverfahren verlangen. LG. Hamburg, CBlFrG. **4** 41. S. JDR. **1** zu § 1910 Ziff. 6.

7. Das Prozeßgericht hat nicht nachzuprüfen, ob die Bestellung des Pflegers rechtmäßig geschehen ist. **RG.** JW. **03** Beil. 64. S. JDR. **1** zu § 1910 Ziff. 7.

§ 1911. 1. a) Eine der Fürsorge bedürfende Vermögensangelegenheit als Voraussetzung der Abwesenheitspflegschaft fehlt, [wenn der Verschollene zu

einer altrechtlichen Erbschaft, bei der Antritt notwendig war, berufen ist, aber nicht angetreten hat und der Pfleger auch jetzt nach Ablauf der für die Lebensvermutung nach § 19 maßgebenden Zeit nicht mehr antreten oder ausschlagen kann; unter diesen Umständen ist auch der Antrag auf Todeserklärung in Ermangelung von Vermögen keine solche Angelegenheit. BayrObLG., OLG. **6** 305, R. **03** 129.

b) In einem in der WürttZFrG. **44** 137 mitgeteilten Beschlusse wird als Voraussetzung der Abwesenheitspflegschaft das Vorhandensein eines dem Aufenthalte nach unbekannten Volljährigen gefordert, eine solche abgelehnt, da das Fortleben des Abwesenden nach § 19 nicht mehr zu vermuten war.

c) Da ein Inländer, von dem wegen seiner Verschollenheit nicht festgestellt werden kann, ob er aufgehört hat, Deutscher zu sein (auf § 19 BGB. verb. mit §§ 13³ und 21 Ges. v. 1. 6. 70 kann eine solche Feststellung nicht gegründet werden), bei der Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft als Deutscher behandelt werden muß, so ist das Gericht des letzten inländischen Wohnsitzes (§§ 36², 39 FrGG.) zuständig. BayrObLG., R. **03** 130, OLG. **6** 305.

d) Nach Beendigung des Auseinandersetzungsverfahrens tritt bei Fortdauer der Voraussetzungen an Stelle der nach § 88 FrGG. eingeleiteten Pflegschaft die allgemeine Abwesenheitspflegschaft (§ 1911 BGB., § 39 FrGG.). Frese, FrG. 180.

2. a) Der Abwesenheitspfleger kann nicht die Ehelichkeit des Kindes anfechten (§ 1595), da er nur Vermögensangelegenheiten zu besorgen hat, die Anfechtung auch nicht durch einen Vertreter erfolgen kann. Boschan, DJZ. **03** 77.

b) Gerhardt, CBlFrG. **4** 251, vertritt die Ansicht, daß der Abwesenheitspfleger zum Antrag auf Todeserklärung befugt ist, was zwar nicht aus der Bestimmung des Wirkungskreises des Pflegers (§ 1911) herzuleiten sei, da hierdurch das Vermögen dem Abwesenden entzogen und dem Erben zugeführt werde, wohl aber aus der allgemein lautenden Vorschrift des § 962 ZPO. („gesetzlicher Vertreter"); s. JDR. **1** zu § 1911 Ziff. 5a.

3. RG. **52** 223, SeuffA. **58** 202, R. **03** 155. Die Stellung unter Pflegschaft begründet keine Einschränkung des Pflegebefohlenen in der Geschäftsfähigkeit; letzterer behält deshalb auch die Prozeßfähigkeit. Prozeßunfähig ist er nur für den Prozeß, den der Pfleger als Vertreter für ihn führt (§ 53 ZPO.); dieser Fall liegt auch vor, wenn der Pfleger an Stelle des Pflegebefohlenen in einen von diesem begonnenen Rechtsstreit eintritt; dazu genügt aber nicht die Erklärung des Anwalts, er sei auch von dem Pfleger bevollmächtigt. In einer Besprechung dieser Entscheidung verneint Eccius, DJZ. **03** 210, das Erfordernis der formellen Erklärung, an Stelle des Pflegebefohlenen in den Prozeß einzutreten, und spricht sich dahin aus, daß der Pflegebefohlene im Prozesse vom Pfleger vertreten wird, sobald dieser als solcher im Rechtsstreite für ihn auftritt.

§ 1912. Der Pfleger einer Leibesfrucht ist für eine negative Feststellungsklage betreffs der Vaterschaft nicht passiv legitimiert (in Ermangelung der Rechts- und Parteifähigkeit der Leibesfrucht in dieser Beziehung). Das für Pflegerbestellung vorausgesetzte Bedürfnis tritt bei außerehelichem Empfängnisse zwar leichter ein, weil (§ 1707) auch nicht die Mutter die elterliche Gewalt erlangt und daher (§ 1912 Satz 2) auch ihr nicht die Fürsorge für die künftigen Rechte des noch ungeborenen Kindes zusteht; dem Fürsorgebedürfnisse für seinen künftigen Unterhaltsanspruch (§§ 1708 ff.) wird aber durch die im § 1716 der Mutter für ihre Person eingeräumte Befugnis, die Sicherung dieses Anspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung herbeizuführen, ausreichend genügt; vgl. CBlFrG. **2** 210 ff., Sörgel, Rechtspr. I und II 1 Anm. 1b. OLG. Dresden, DJZ. **03** 227. S. JDR. **1** zu § 1912 Ziff. 1.

§ 1913. Die JDR. **1** zu § 1913 Ziff. 2 angeführte Entscheidung findet sich auch BayrObLG. **3** 1, KGJ. **24** D 4 und BayrNot.Z. **02** 60.

Der Deszendenzpfleger hat als Vigilanzpfleger keinen Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses gegenüber dem Testamentsvollstrecker, kann sich aber mit Anträgen an das Nachlaßgericht wenden (§ 2227), wenn der Vollstrecker insbesondere seiner Verpflichtung zur sicheren Aufbewahrung der Nachlaßwerte (§ 2216 Abs. 2) nicht nachkommt (§ 2116 findet jedoch auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung). OLG. **6** 306 (KG.).

Gegen die Anordnung einer Pflegschaft für noch unbestimmte Nacherben steht dem Vorerben, dessen Rechte nicht berührt werden, keine Beschwerde zu. BayrObLG., R. **03** 292.

1914. 1. Über die rechtliche Natur eines durch öffentliche Sammlung zusammengebrachten Vermögens vgl. JDR. **1** Ziff. 1 b u. c zu § 1914 u. Ziff. 4 vor §§ 21, 22. In Übereinstimmung mit der dort wiedergegebenen Ansicht von Regelsberger und Kuhlenbeck nimmt auch Kiepert, Sammlungen zu wohltätigen und gemeinnützigen Zwecken n. d. BGB., 43 ff. an, daß das Sammelvermögen im fiduziarischen Eigentume des Sammlers stehe. Es ist ein selbständiges Vermögen, das den einzelnen Sammlern nicht zusteht, sondern von ihnen nur verwaltet wird (45). Das an der Spitze eines Sammelunternehmens stehende Komitee bildet unter Umständen einen Verein. (Hierüber vgl. o. Ziff. 2 zu § 54.) — Der Vertrag zwischen Spender und Empfänger über den Grund der erhaltenen Zuwendung ist ein durch den Sammler vermittelter Schenkungsvertrag (61). Sind mehrere Empfänger vorhanden, so bilden sie den Sammlern gegenüber eine Gläubigergemeinschaft nach Bruchteilen (67). — Der Pfleger tritt vollständig in die Rechte und Pflichten der Sammler ein (70). — Die Pflegschaft endigt, wenn sie nur zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit eingeleitet ist, von selbst mit deren Erledigung (71).

2. Matthiaß 404: Wenn die zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen nicht weggefallen sind, sondern sich nur als zur Verwaltung untreu oder unfähig erweisen, kann von Amts wegen eine Pflegschaft nicht angeordnet werden. A. M. Richter, Vormundschaftsrecht 487. Hierüber s. auch Schultheis, JDR. **1** Ziff. 4 zu § 1914.

3. Nach Leske 995 (s. a. JDR. **1** zu § 1914 Ziff. 1a) ist § 1914 der einzige Fall einer Realpflegschaft — ebenso Kiepert a. a. O. 69 —, wogegen nach Kuhlenbeck (2) Vorbemerk. vor §§ 1909 ff. II[3] die Pflegschaften der §§ 1913, 1914, 1960 ff. „wesentlich Realpflegschaften" sind.

4. Der JDR. **1** zu § 1914 Ziff. 6 mitgeteilten Ansicht ist auch Kuhlenbeck (2) zu § 1914 Note 2 a. E.

§ 1918. Einer Aufhebung der Pflegschaft bedarf es nicht. Matthiaß 402. A. M. Richter, Vormundschaftsrecht 497.

§ 1920. Die JDR. **1** zu § 1920 mitgeteilte Ansicht vertritt auch Schultze, Stellungnahme des RG. zur Entmündigung 29. Dagegen Endemann, Entmündigung wegen Trunksucht 29[47], welcher annimmt, daß dem Antrag auf Aufhebung ohne weiteres in jedem Falle stattgegeben werden muß, da die Ausnahmebestimmung des § 1910 Abs. 3 im § 1920 nicht aufgenommen ist.

§ 1921. Der Abwesenheitspfleger hat bei nachgewiesenem Tode des Abwesenden ein Recht auf Aufhebung der Pflegschaft, aber kein Recht, die damit nicht rechtlich zusammenhängende Anordnung einer Nachlaßpflegschaft zu verlangen; die Aufhebung der Abwesenheitspflegschaft darf von dem Vormundschaftsgerichte nicht bis zur Einleitung einer Nachlaßpflegschaft abgelehnt werden; vgl. § 74 FrGG. BayrObLG. **3** 841.

Fünftes Buch.
Erbrecht.

Vorbemerkung. Die Literatur ist im Folgenden zu den einzelnen Titeln angegeben worden. — Die seit der Veröffentlichung des ersten Jahrganges erschienenen weiteren Teile des Binderschen Buches, Rechtsstellung des Erben, konnten im Berichtsjahre in einer dem Werk entsprechenden Weise noch nicht berücksichtigt werden.

Erster Abschnitt.
Erbfolge.

§ 1922. Unter dem Vermögen, welches als Ganzes auf den Erben übergeht, ist die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers, soweit sie mit dessen Tode nicht erlöschen, zu verstehen. Zu diesen Beziehungen gehören auch die Verbindlichkeiten des Erblassers. Der Erbe tritt als Gesamtnachfolger des Erblassers in dessen Rechtsstellung und somit in diesem Sinne in das universum ius defuncti ein. Strohal, Erbrecht (3) 15, 17; ebenso Lessing, Begriff der Rechtsnachfolge 74 ff.

§ 1927. Leske 1031 Anm. 3 bestreitet die von Endemann III § 16 67 Anm. 21; Staudinger-Herzfelder V 30; Heymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts 56; Frommhold, Erbrecht 13; Planck-Ritgen V 18 zu § 1927 unterstellte Möglichkeit, daß ein an Kindesstatt angenommener Enkel gegenüber seinen Großeltern ein Erbrecht als Kind und zugleich ein Erbrecht als Enkel erlangen kann. Er hält nur eine Adoption eines unehelichen Kindes durch seine Großmutter mütterlicherseits nach dem Tode der Mutter für denkbar. (Vgl. auch Friedrichs, JDR. 1 Ziff. 1 zu § 1714.)

§ 1931. Dem Ehegatten aus einer Putativehe kommt auch dann ein gesetzliches Erbrecht nicht zu, wenn er die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung nicht gekannt hat. Strohal, Erbrecht 52 Anm. 3; a. M. Frommhold 15.

§ 1933. Ob die Ladung zum Sühnetermine (§ 608 ZPO.) der Erhebung der Scheidungsklage gleichgestellt werden darf, ist zweifelhaft. Die Frage dürfte zu bejahen sein. Strohal, Erbrecht 53 Anm. 6; ebenso Wilke 13; a. M. Planck-Ritgen Erl. 2c zu § 1933.

Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch Urteil ausgesprochen und die eheliche Gemeinschaft vor dem Tode nicht wieder hergestellt ist. Matthiaß II 461; Strohal (2) 31; Planck V 21; a. M. Staudinger V 34 f.

§ 1936. Wenn auch ein literarisches oder künstlerisches Urheberrecht, soweit es bis zum Erbfalle dem Erblasser zustand, auf den Fiskus als gesetzlichen Erben nicht übergeht, sondern erlischt, so werden doch die vom Erblasser innerhalb des Rahmens seines Urheberrechts durch Rechtsgeschäft unter Lebenden bereits begründeten, abgeleiteten Urheberrechte Dritter durch die Erlöschung nicht berührt. Das gleiche muß auch rücksichtlich des von einem Dritten noch vor dem

Erbfall an dem Urheberrecht erlangten Pfändungspfandrechts gelten. Strohal, Erbrecht (3) 57 Anm. 19 ff.

Wird der Fiskus Miterbe des gewillkürten Erben (§ 2088), so ist anzunehmen, daß das literarische oder künstlerische Urheberrecht voll dem gewillkürten Erben zukommt. Strohal, Erbrecht 58.

Andere Immaterialgüterrechte gehen auch auf den Fiskus als gesetzlichen Erben über. Strohal, Erbrecht (3) 58 Anm. 22; a. M. Meyer 29 Anm. 3 und 134.

Ist der Fiskus nur Vorerbe (§ 2105), so tritt die Erlöschung des Urheberrechts nur für die Zeit der Vorerbfolge ein. Strohal, Erbrecht (3) 59.

§ 1937. Die letztwilligen Verfügungen sind rechtsgeschäftliche Willenserklärungen. Gegen Hellmann begründet dies Eltzbacher, Handlgsfähigk. I 142, 143.

Eine Ehefrau kann wirksam letztwillig über Eingebrachtes verfügen. Raabe, DJZ. **03** 498.

Zweiter Abschnitt.

Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel.

Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

§ 1942. Die Ausschlagung des Erbrechts kann nicht angefochten werden durch einen Gläubiger des ausschlagenden Erben. **RG. 54** 289, JW. **03** Beil. 84.

§ 1943. 1. Daß die Annahme der Erbschaft Willenserklärung ist, begründet gegen Hellmann: Eltzbacher, Handlungsfähigk. I 176, 142/143.

2. Bayr. ObLG., KGJ. **25** A 329 ff.: In der Verfügung über einen Nachlaßgegenstand kann die Annahme der Erbschaft zu finden sein. — Das Nachlaßgericht hat nötigenfalls darüber zu entscheiden, ob der in dem Antrag eines Nachlaßgläubigers auf Bestimmung einer Inventarfrist als Erbe Bezeichnete die Erbschaft wirksam ausgeschlagen hat oder nicht (331).

§ 1944. 1. Abs. 2. a) Satz 1. Für die Kenntnis des Erben vom Ausfall und Grunde seiner Berufung ist derjenige Zeitpunkt maßgebend, in welchem bei ihm die Kenntnis aller für seine Berufung wesentlichen Tatsachen zusammentrifft. Schon ein begründeter Zweifel des gesetzlichen Erben darüber, ob eine Verfügung von Todes wegen vorhanden ist, durch die sein Erbrecht geschmälert wird, erscheint genügend, um den Beginn der Ausschlagungsfrist zu hemmen. OLG. **6** 310 ff. (Colmar), R. **03** 80.

b) Satz 2: Dadurch, daß einer der gesetzlichen Erben durch eine Verfügung von Todeswegen ausgeschlossen wird, verwandelt sich nicht der Grund der Berufung der nicht ausgeschlossenen Erben aus einer gesetzlichen in eine Berufung durch Verfügung von Todeswegen. OLG. **6** 311 (Colmar).

2. Die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters, Gebrechlichkeitspflegers und Bevollmächtigten des Erben läßt den Lauf der Frist beginnen. Matthiaß II 533; Planck 41; Staudinger V 64; Frommhold 27; a. M. Wilke, Komm. 21.

3. Abs. 3. Der Aufenthalt im Ausland ist nicht als Handlung, sondern schon als bloße Naturtatsache rechtswirksam. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 228/229, 207/208.

§ 1948. Eine Ausschließung von dem Reste (§§ 1938, 2088) liegt nicht in der Einsetzung des Ehegatten durch Ehe- und Erbvertrag unter badischem und

französischem Rechte auf das hiernach (LRS.[1]) u. Art. 1094) zulässige Maß; denn bei der gesetzlichen Zwangslage ging die Absicht in der Regel dahin, den überlebenden Ehegatten so günstig als möglich zu stellen, nicht, ihn auf das Zugewendete zu beschränken Dieser kann also gemäß § 1948 als Vertragserbe ausschlagen und den gesetzlichen Erbteil nach § 1931 beanspruchen. Fromherz, BadRpr. **03** 81.

§ 1951. Abs. 3. Für die Erhöhung und Anwachsung (§§ 1935, 2095) gilt die Vorschrift nicht, weil es sich in diesen Fällen nicht um besondere Erbteile handelt. Matthiaß II 536; Planck 46; Staudinger V 75; Frommhold 21; a. M. Wilke, Komm. 25; Endemann III 9 Note 22.

§ 1952. In Fällen, in denen das Erbrecht eines eventuell Berufenen davon abhängt, daß der Vorberufene aus einem gesetzlichen Grunde (z. B. aus §§ 1923, 1953, 2344,) wegfällt, braucht der eventuell Berufene den Eintritt der conditio iuris nicht zu erleben, sondern transmittiert, wenn er nur den Erbfall erlebt hat, sein schwebendes und nach Eintritt der conditio iuris als wirksam sich erweisendes Erbrecht auf seine Erben. Strohal, Erbrecht (3) 147.

Hinterläßt der Erbe einen Vorerben und Nacherben, so kann der Vorerbe die seinem Erblasser angefallene Erbschaft mit Wirkung für den Nacherben ausschlagen. Matthiaß II 534; Planck 49; Staudinger V 78; Frommhold 32; a. M. Wilke 26.

Hat einer von mehreren Erben des zur Ausschlagung Berechtigten von seinem Ausschlagungsrechte Gebrauch gemacht, so fällt der erledigte Teil an diejenigen, welche Erben des Erblassers des zur Ausschlagung Berechtigten geworden wären. Matthiaß 537; Planck 48; Wilke 26; Frommhold 32; a. M. Staudinger V 77.

§ 1956. Es genügt zur Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist nicht, daß dem Erben nachweislich der Wille gefehlt hat, die Erbschaft anzunehmen. Eine Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist kann vielmehr nur darauf gestützt werden, daß die Versäumung wider den Willen des Erben eingetreten ist, das heißt, daß er diejenigen einzelnen Handlungen, welche zur Wahrung der Ausschlagungsfrist gesetzlich erforderlich sind, hat vornehmen wollen, daß die Ausführung aber ohne seinen Willen unterblieben ist. Bolte, PosMschr. **6** 121 f.

§ 1958. Der Nachweis der Erbschaftsannahme ist nicht zur Begründung der Aktiv- und Passivlegitimation des Erben als solchen gehörig. Quaatz, DIZ. **03** 219, 220; Ritgen (i. Achilles, Handausgabe) § 1958; Kuhlenbeck II 442.

Für den Beweis der Erbschaftsannahme durch den Kläger: II. Kommission (Prot. V 664); Goldmann-Lilienthal 318; Fischer-Henle, Feist (in Maerker, Handbuch 225; Scherer V 48.

§ 1960. I. Literatur. 1. Carlebach, Das notarielle Vermögensverzeichnis, DNotVZ. **03** 10 ff. Wird die nachlaßgerichtliche Anordnung auf Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses erlassen, so geschieht die Verzeichnung derart, daß dem verzeichnenden Notar staatliche Zwangsmittel zur Seite stehen, sei es, daß das Nachlaßgericht für deren Anwendung sorgt, sei es, daß ihre Ausübung dem Notar allgemein oder für den einzelnen Fall übertragen ist, wie die Ausführungsgesetzgebung des Staates es gerade geordnet hat. Über den Umfang dessen, was verzeichnet werden soll, entscheidet das Nachlaßgericht nach seinem Ermessen.

2. Zum Zwecke der Sicherung von Nachlaßgegenständen kann das Amtsgericht auch eine Beschlagnahme verhängen. Mothes, Die Beschlagnahme 63.

---

[1]) Abkürzung für Landrechtssatz (des badischen Landrechts).

II. Aus der Praxis:

1. Bekanntsein des Erben. a) BayrObLG. 3 676: Der Erbe gilt schon dann als bekannt, wenn für seine Erbberechtigung ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit besteht. Ebenso OLG. 7 133 (KG). Es würde zu weit gehen, wollte man den Erben nur dann als bekannt ansehen, wenn ein Erbschein vorliegt, es genügt vielmehr, wenn die tatsächlichen Verhältnisse klar liegen, aus welchen sich das Erbrecht ergibt.

b) OLG. Rostock, MecklZ. **21** 32: Ein Bekanntsein des Erben im Sinne des § 1961 liegt nur dann vor, wenn der Gläubiger in der Lage ist, seine Rechte unmittelbar gegen den Erben zu verfolgen.

2. KGJ. 25 A 333: Ein Nachlaßpfleger für den unbekannten Erben kann trotz eines Nachlaßkonkurses bestellt werden.

3. Über die Pflichten, welche ein Rechtsanwalt als Nachlaßpfleger beim Aufgebot der Nachlaßgläubiger diesen gegenüber hat, handelt KGBl. **03** 8 ff.

§ 1961. Für die durch Einleitung einer Nachlaßpflegschaft erwachsenen Kosten kann jeder Erbe als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden; er kann sich von dieser Zahlungspflicht nicht durch den Hinweis befreien, daß die Pflegschaft von anderer Seite beantragt worden sei.

Ob der Antrag nach Lage der Sache gesetzlich gerechtfertigt war, ist, nachdem es tatsächlich zur Einleitung der Pflegschaft gekommen ist, für die Beurteilung der Kostenpflicht des Erben ohne unmittelbare Bedeutung. Beschluß des KG. 13. 10. 02, DJZ. **03** 202.

§ 1963. Der Anspruch ist des Näheren nach den Vorschriften über die gesetzliche Unterhaltspflicht und über das Vermächtnis des Unterhalts zu beurteilen. Matthiaß III 492; Schiffner 14 Note 22; A. A. Planck 61; Frommhold 39; Wilke, Komm. 34.

Kreß, Erbengemeinschaft, behandelt 100 ff. Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs der schwangeren Mutter gegen eine Erbengemeinschaft.

§§ 1964, 1965. Hat weder eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte, noch eine Anmeldung von Erbrechten beim Nachlaßgerichte stattgefunden, so müssen wenigstens drei Monate seit der letzten auf die Ermittelung des Erben gerichteten Amtshandlung des Nachlaßgerichts verstrichen sein, ehe dasselbe feststellen kann, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist. Strohal, Erbrecht 56 Anm. 9; ebenso Planck-Ritgen, Erl. 4 zu § 1965.

Zweiter Titel.

Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Nachlaßverbindlichkeiten

§ 1967. 1. Kreß, Erbengemeinschaft, erörtert 20 ff. Begriff und Klassifikation der Nachlaßschulden; Veränderungen in den Nachlaßschulden.

2. KGJ. 25 A 223: Eine Nachlaßverbindlichkeit liegt vor, wenn eine juristische Person, der eine Erbschaft angefallen ist, hülfsbedürftigen Verwandten des Erblassers Abfindungen aus dem Nachlasse versprochen hat. Voraussetzung ist, daß die Zuwendung landesherrlich genehmigt worden ist.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 1973. OLG. 7 134 (KG.): In der Formel des gegen einen Nachlaßverwalter erlassenen Urteils braucht die Beschränkung der Haftung nicht ausgesprochen werden.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§ 1975. 1. Eine befriedigende Lösung der Frage, ob die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten eine grundsätzlich auf den Nachlaß beschränkte oder eine grundsätzlich unbeschränkte ist, erachtet Borcherdt, Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten, AzivPr. **94** 202 ff., deshalb für unmöglich, weil das BGB. hinsichtlich der Wirkungen des Inventarrechts mit sich selbst in Widerspruch geraten sei (202). Er meint, aus dem Wortlaute des § 1975 würde sich durch ein argumentum e contrario von selbst ergeben, daß die schuldhafte Unterlassung der Herbeiführung des Nachlaßkonkurses die unbeschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten im Gefolge habe. Diese Auffassung werde aber durch § 1980 widerlegt (205). Aus der vom BGB. getroffenen Regelung müsse sich für den Alleinerben, welcher bei einem unzulänglichen, aber konkursfähigen Nachlasse die Herbeiführung des Konkurses unterlasse, ergeben, daß er — falls das Inventarrecht noch nicht verloren ist — den Nachlaßgläubigern die Befriedigung aus seinem Privatvermögen mit der Begründung verweigern könne, daß sein Privatvermögen für die geltend gemachte Forderung überhaupt nicht, sondern nur für denjenigen Schadensersatzanspruch hafte, welcher durch ein nach § 1980 zu erwirkendes Urteil festgestellt sei. Diese sich von selbst aufdrängende Konsequenz habe aber das BGB. nicht gezogen, sondern es schweige gänzlich darüber, wie sich der Alleinerbe in diesem Falle gegenüber einem Zugriff auf sein Privatvermögen zu verhalten habe (203).

2. Der Nachlaßgläubiger darf die Erben des Schuldners als solche unbeschränkt verklagen und die Einrede der beschränkten Haftung abwarten. Eine Gefahr der Kostenpflicht nach § 93 ZPO. trifft den Gläubiger nicht. OLG. Posen, PosMschr. **03** 61.

§ 1981. 1. OLG. **6** 312 (BayrObLG.): Die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nach Abs. 2 setzt nicht eine Mehrheit von Nachlaßgläubigern voraus.

2. BayrObLG., R. **03** 211: Der Nachlaßverwalter hat die gleichen Befugnisse wie der Testamentsvollstrecker. Er kann über eine zum Nachlasse gehörige Hypothekenforderung verfügen, ohne daß sein Verfügungsrecht im Grundbuch eingetragen ist.

§ 1984. 1. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung hat die Bedeutung einer Beschlagnahme. Mothes, Die Beschlagnahme 64.

2. OLG. **7** 135 (Jena): Aus den §§ 1984 ff. ergibt sich, daß eine einmal eingeleitete Nachlaßverwaltung — von bestimmten Ausnahmen abgesehen — auch durchgeführt werden muß, einerlei, ob sie auf Antrag des Erben oder eines Nachlaßgläubigers angeordnet ist.

§ 1988. Der Beschluß, durch den die Nachlaßverwaltung aufgehoben wird, wird mit der Bekanntmachung an die Beteiligten wirksam. Mothes a. a. O. 65.

§ 1990. 1. Das Verweigerungsrecht steht dem Erben schlechthin zu, wenn die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen, nicht aber, wenn sie auf der Pflichtteilslast beruht, die sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten also volle Deckung finden. Matthiaß II 377; Frommhold 60; Wilke 63.

2. Ebenso wie Eccius und Böhme (vgl. JDR. **1** zu §§ 1990, 1991) wendet sich auch Borcherdt, AzivPr. **94** 211, gegen Jäger, Erbenhaftung 9, der die Geltendmachung des Rechtes des Erben aus § 1990 zu einer außergerichtlichen gestalten will. Borcherdt führt aus: Wenn einmal die Haftungsbeschränkung mit voller materiell-rechtlicher Wirkung schon außergerichtlich geltend gemacht werden könnte, so hätte dem Erben die Erhebung der bezüglichen Einrede im

Hauptprozesse nicht versagt werden können. Es kann aber jede Art von Haftungsbeschränkung gegenüber einzelnen Nachlaßgläubigern nur durch Klage in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend gemacht werden. Näheres über die Klage nach § 767 ZPO. a. a. O. 212.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 1993. Das Inventar ist eine Urkunde, in der der Notar über die Tatsache berichtet, zu welchem Ergebnis er über den Stand eines Vermögens auf Grund eines ihm von den Beteiligten durch Wort oder Tat zugänglich gemachten Materials unter Zuhilfenahme seiner eigenen fachmännischen rechtlichen Beurteilung gelangt. Es ist nicht ausgeschlossen, daß mit dem Antrag auf Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses der Antrag auf Beurkundung einer Erklärung oder einer anderen Tatsache, z. B. über das Vorhandensein von Gegenständen gestellt ist, aber wesentlich ist eine solche Beurkundung für die Aufnahme des Vermögensverzeichnisses nicht. Die Mitwirkung des Notars bedeutet kein Ausüben staatlicher Zwangsgewalt. Diese Auffassung verbietet sich schon im Hinblicke darauf, daß die Rechtsfolgen im Verkehre zwischen Beteiligten, da wo das Inventar in Frage kommt, sich beschränken auf Gewährung oder Versagung einer Stellung des bürgerlichen Rechtes und die Möglichkeit zur Gewährung oder Versagung einer solchen Rechtsstellung auf dem Wege des staatlichen Zwanges vor der Urteilssprechung unvereinbar wäre mit den Grundbegriffen, auf denen die Struktur des Zivilrechts und Zivilprozesses sich aufbaut. Der Notar ist Geschäftsbesorger, gebunden an das tatsächliche Vorbringen der Beteiligten, frei in seiner rechtlichen Beurteilung des Vorgebrachten, aber verpflichtet zur Einhaltung der Formvorschriften über die Niederschrift des Inventars.

Das Inventar zur Herbeiführung der beschränkten Haftung muß die Nachlaßgegenstände, Nachlaßverbindlichkeiten und die Zugehörigkeit dieser zu einem etwaigen Gesamtgut angeben. Carlebach, Das notarielle Vermögensverzeichnis, DNotVZ. 03 10ff.: vgl. auch o. Ziff. I 1 zu § 1960.

Die Einreichung des Inventars ist keine Willenserklärung, sondern eine private Handlung ohne Äußerungsgehalt. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 216.

§ 1994. BayrObLG., KGJ. 25 A 229 ff.: Diese Bestimmung gibt dem als Erbe Bezeichneten, der bestreitet, Erbe zu sein, nicht das Recht, zu verlangen, daß die Bestimmung einer Inventarfrist so lange ausgesetzt bleibe, bis rechtskräftig festgestellt ist, daß er Erbe ist; ein solches Recht kann auch nicht aus § 1958 hergeleitet werden (331). — Die Inventarfrist ist bei einer Mehrheit von Erben nicht notwendig allen zusammen zu bestimmen (332).

§ 1996. Bezüglich des Begriffs der höheren Gewalt vgl. Neumann, Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts § 14, auch 201.

§ 2002. Der Erbe kann das tatsächliche Material für die Aufnahme des Inventars selbst zusammenbringen, auch die Niederschrift selbst bewirken; dagegen ist die Kontrolle der rechtlichen Beurteilung durch einen fachmännischen Beamten unumgänglich.

Ein Zeugnis des Beamten, daß er bei der Feststellung der Vermögensdarstellung auf Grund der vorgetragenen und vorgelegten Unterlagen zugegen gewesen sei und daß der Erbe in Übereinstimmung mit der rechtlichen Überzeugung des Beamten die Vermögensdarstellung in der etwa vorgeschriebenen Form gefertigt habe, ist erforderlich, aber auch genügend. Eltzbacher, DNot. VZ. 03 10ff.

§ 2005. Der Verlust der beschränkten Haftung tritt sofort mit der Einreichung des fehlerhaften Inventars und nicht erst dann ein, wenn der Erbe die Inventarfrist verstreichen ließ, ohne vorher das Inventar zu berichtigen. Leske

1088; Strohal (2) 425, 426 Anm. 25; Planck-Ritgen V 131. A. A. Staudinger-Herzfelder V 209, 210, Wilke, Erl. 77.

§ 2006. Das Nachlaßgericht kann — unbeschadet der materiellen Folgen der Versäumnis des zweiten Termins, über die lediglich das Prozeßgericht zu entscheiden hat — dem Erben auf dessen Antrag selbst in einem dritten Termine den Eid abnehmen. Josef, CBlFrG. 3 603 ff.

§ 2009. Die Vermutung gilt nur für die Nachlaßaktiva, nicht auch bezüglich ihres angegebenen Wertes und nicht für die Nachlaßverbindlichkeiten. Leske 1089 Anm. 6.

Dritter Titel.

Erbschaftsanspruch.

§ 2018. Der Erbschaftsanspruch ist ein Ausfluß des dem Erben zustehenden Erbrechts. Dies begründet, namentlich gegen Unger, Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 330/331, 331/332.

Der Erbschaftsanspruch, insbesondere der Anspruch auf Auskunftserteilung, steht auch einem Miterben in Ansehung seines Erbteils gegenüber den übrigen Miterben zu. **RG.** JW. **03** Beil. 64; OLG. **7** 137 (KG.); OLG. Celle, SeuffA. **58** 193. Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 1 zu § 2018.

§ 2019. Kreß, Erbengemeinschaft, behandelt 15 ff., Erwerb für den Nachlaß durch Erbschaftsbesitzer und sonstige Mehrung und Veränderung der Nachlaßwerte.

§ 2020. Der Erbschaftsbesitzer ist zur Herausgabe aller Nutzungen nur obligatorisch verpflichtet. Leske 1100 Anm. 13; Planck-Ritgen V 163.

§ 2027. 1. Dem Pfändungspfandgläubiger liegt keine Auskunftspflicht ob, da er nicht Besitzer ist. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 102, vgl. § 808 ZPO.

2. **RG.** CBlFrG. **4** 254, JW. **03** Beil. 104: Die Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers erstreckt sich nicht nur auf die zur Erbschaft gehörigen körperlichen Sachen, auf die sich seine Herausgabepflicht beschränkt, sondern ohne Unterschied der körperlichen und unkörperlichen Gegenstände auf den ganzen Bestand der Erbschaft, soweit überhaupt sein Wissen reicht (255).

3. BayrObLG., R. **03** 457: Nur der Erbschaftsbesitzer, nicht auch der Vorerbe, ist verpflichtet, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen.

§ 2028. Die häusliche Gemeinschaft mit dem Erblasser ist nicht als Handlung, sondern schon als bloße Naturtatsache rechtswirksam. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 227/228, 207/ 208.

§ 2028 gilt auch im Verhältnisse von Miterben zueinander. OLG. Naumburg, R. **03** 81; OLG. Dresden, SächsA. **13** 113.

Vierter Titel.

Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

§ 2033. 1. Schmale, CBlFrG. **4** 179 ff.: Veräußert ein Miterbe seinen Anteil am ungeteilten Nachlasse, so überträgt er auf den Erwerber nicht sein „Erbrecht", sondern nur seinen im Miterbenrecht enthaltenen Anteil an der Gesamtheit der noch ungeteilten Vermögensrechte, die den Miterben gemeinsam zustehen. Darin, daß dieses Anteilsrecht als Ganzes übertragen werden kann,

besteht bei der Veräußerung die dingliche Wirkung einer Verfügung über den Anteil am Nachlasse. Hieraus folgt, daß

a) der Erwerber eines Nachlaßanteils nicht als Miterbe in den Erbschein aufgenommen werden kann,

b) Aufteilung und Auflassung notwendig ist, wenn der Erwerber als Eigentümer eines Bruchteils der zum Nachlasse gehörenden Grundstücke im Grundbuch eingetragen werden soll.

2. Pfändung und Verpfändung eines Erbteils.

a) LG. Freiburg, BadRpr. **03** 325: Das Recht des Miterben kann Gegenstand der Pfändung sein, welche zwar nicht die einzelnen Nachlaßgegenstände ergreift, aber dem Miterben das Recht nimmt, über seinen Erbteil oder in Gemeinschaft mit den anderen Erben über einen Nachlaßgegenstand zu verfügen. Die bei der Auseinandersetzung auf den gepfändeten Erbteil entfallenden Nachlaßstücke fallen in das Pfandrecht des Gläubigers. Sind dieses Grundstücke, so sind sie auf Antrag des Gläubigers an einen Sequester herauszugeben, und mit der Auflassung an diesen als Vertreter des Schuldners erlangt der Gläubiger eine Sicherungshypothek für seine Forderung, deren Eintragung der Sequester zu bewilligen verpflichtet ist (Gaupp zu § 859 Anm. III; Planck zu § 2033 Einl. 1 Abs. 2; a. A. Achilles-Strecker, GBO. zu § 48 Anm. 2 Abs. 3). Der Pfandgläubiger hat aber nach § 86 Abs. 2 FrGG. auch das Recht, die Auseinandersetzung des Nachlasses selbst herbeizuführen, und die Teilung kann nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers neben der des Miterben selbst wirksam werden. Die erfolgte Pfändung des Erbanteils eines Miterben muß, sofern Grundstücke zur Erbmasse gehören, in das Grundbuch eingetragen werden, um gegen Dritte wirksam zu sein. Planck zu § 1273 Anm. 2c. Über die Bedeutung der Verfügungsbeschränkung derselben Ansicht KG., JDR. **1** Ziff. 4 zu § 859 ZPO.

Die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erachtet nicht für erforderlich: Conrades, Pfändung eines Erbteils, DJZ. **03** 310. Vgl. auch Schweitzer, JDR. **1** Ziff. 2 zu § 2033. Die Verpfändung eines Anteils an einer Erbengemeinschaft hält dagegen für eintragungsfähig: Grohmann, CBlFrG. **3** 821 ff.; zu vergleichen über dieselbe Frage: Scherer und Mothes, CBlFrG. **2** 697, 866 und CBlFrG. **3** 218.

b) Die Einsetzung eines Nacherben schließt die Pfändbarkeit des Erbteils ebensowenig aus, wie sie die rechtsgeschäftliche Verfügung über den Anteil beschränkt. LG. Bromberg, PosMschr. **03** 66.

3. BayrObLG., R. **03** 210: Der Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil an dem Grundstücke umfassenden Nachlasse verfügt, gilt im Sinne der Gebührenbewertung weder als ein Vertrag, durch den über Besitz und Eigentum unbeweglicher Sachen verfügt wird, noch als ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen. Die Änderung im Besitz- und Eigentumsverhältnisse tritt bei einer solchen Verfügung kraft Gesetzes ein.

KGJ. **26** A 113: Wenn mehrere Miterben sich derart auseinandersetzen, daß einem von ihnen der ganze Nachlaß übertragen wird und dieser die Erbanteile der anderen in Geld auszahlt, so bedarf es für die Umschreibung des Nachlaßgrundstücks auf den einen Miterben keiner Auflassung. Ebenso BayrObLG., R. **03** 155.

§ 2035. Gegen die Behauptung von Planck-Ritgen V 183 und Endemann III 483 Anm. 15, daß der übertragene Anspruch von selbst mit der Ausübung des Vorkaufsrechts dem Miterben anfalle, sprechen sich Kipp-Windscheid III 541 § 621; Matthiaß II 547 § 167; Leske 1115 aus.

§ 2038. BayrObLG., R. **03** 81: Die den Erben zustehende Verwaltung des Nachlasses geht nicht dadurch auf das Nachlaßgericht über, daß dieses die Auseinandersetzung zwischen ihnen zu vermitteln hat.

§ 2039. Diese Bestimmung findet auch dann Anwendung, wenn ein Miterbe Schuldner der zum Nachlasse gehörenden Forderung ist. Der Erbe, der an den noch nicht geteilten Nachlaß eine Geldleistung zu bewirken hat, braucht nicht bar zu bezahlen, soweit dies nicht zur Berichtigung der Nachlaßschulden notwendig ist, sondern kann verlangen, daß die Schuld auf seinen Erbteil angerechnet und angewiesen werde. OLG. Jena, ThürBl. **50** 104 ff.; vgl. Planck Anm. 4 zu § 2039; v. Staudinger Anm. 3 zu § 2039; Strohal, Erbrecht (2) 343.

§ 2040. Abs. 1. Sowohl die Kündigung als die Annahme einer geschuldeten Leistung ist eine Verfügung, daher können nur sämtliche Erben insgesamt kündigen und eine zum Nachlasse geschuldete Leistung nur gemeinschaftlich in Empfang nehmen. Leske 1114 und Anm. 6 das.

Eine gemeinschaftliche Verfügung über den Nachlaß als Ganzes ist ausgeschlossen; zulässig ist nur ein gemeinschaftliches schuldrechtliches Kausalgeschäft. Matthiaß II 545 Anm. 1; Planck 188. A. A. Endemann III 480 Note 13; Frommhold 92.

§ 2042. LG. Bromberg, PosMschr. **03** 66: Der dem Miterben zustehende Anspruch auf Auseinandersetzung ist kein selbständig pfändbares Vermögensrecht (vgl. o. Ziff. 2 zu § 2033).

§ 2044. Eine von den Miterben im gegenseitigen Einverständnisse trotz des Teilungsverbots vorgenommene Auseinandersetzung ist nicht unwirksam. Leske 1119; Planck-Ritgen V 196; v. Staudinger-Herzfelder V 269. A. A. Endemann II 486.

§ 2050. Ist bei der Auseinandersetzung irrtümlich die Ausgleichung nicht erfolgt, so kann der Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung geltend gemacht werden. Matthiaß II 555.

§ 2053. Die Ausgleichungspflicht tritt auch ein, wenn der Erblasser dem begünstigten entfernteren Abkömmling irrtümlich die unmittelbare Erbanwartschaft zuschrieb. Matthiaß II 553; Schiffner 102 Note 31.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§ 2058. Borcherdt, AzivPr. **94** 213 ff., legt die Haftung mehrerer Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten dar und zeigt, daß das BGB. durch die Vorschriften über die Haftungsbeschränkung die gesamtschuldnerische Haftung im einzelnen so gestaltet habe, daß sie zu einer Mischung von gesamtschuldnerischer und gemeinschaftlicher Haftung ausgeartet sei. Denn da der belangte Miterbe unter der Voraussetzung, daß die Forderung des Nachlaßgläubigers überhaupt rechtsbeständig sei, von den Miterben regelmäßig die Anerkennung der Schuld als Nachlaßverbindlichkeit und die Einwilligung in die Vorwegberichtigung verlangen könne, so hafte er schließlich nur mit demjenigen Betrage, welcher seinem Erbteil entspricht. Noch deutlicher trete die Gemeinschaftlichkeit der Haftung im Falle der unbeschränkten Haftung des belangten Miterben hervor. Näheres s. a. a. O. 220. Nachdem Borcherdt dargelegt, daß die gesamtschuldnerische Haftung sowohl in der Anwendung auf unteilbare (213) wie auf teilbare (214/215) Nachlaßverbindlichkeiten zu keinem befriedigenden Resultate führt und daß die Lage des Nachlaßgläubigers am ungünstigsten in denjenigen Fällen sei, wo Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs in Ermangelung einer entsprechenden

Masse untunlich ist (218 ff.), untersucht er, wie diese Haftung befriedigender zu konstruieren gewesen wäre (223).

§ 2059. Das dem Miterben zustehende Weigerungsrecht ist nichts anderes als eine besondere Art des Rechtes auf Haftungsbeschränkung, das Recht der Haftungsbeschränkung auf den Nachlaßanteil. Leske 1136; a. A. Planck-Ritgen V 219.

Diese seine in dem Widerspruchsrechte liegende Haftungsbeschränkung macht der Miterbe prozessualisch dadurch geltend, daß er seine Verurteilung mit Vorbehalt beansprucht. Die Notwendigkeit des Vorbehalts im Urteil ist auch für den Miterben gegeben. Leske 1136, 1137; Weißler, Das Deutsche Nachlaßverfahren 369 ff.; Enneccerus-Lehmann (2) 749; Wilke, Erbrecht 118; a. A. Planck-Ritgen V 219; Hachenburg 707; Staudinger-Herzfelder V 290.

Kreß, Erbengemeinschaft, erörtert 28 ff., 263 f. den Begriff der Teilung, die Beendigung der Erbengemeinschaft und ihren Unterschied von der Teilung. Die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten ist nach ihm grundsätzlich nicht beschränkt; die Haftung kann aber durch Gebrauch der gesetzlichen Mittel eingeschränkt werden. Nach seiner Ansicht gibt § 2059 keine Einrede, sondern beschränkt die Haftung. Damit die Beschränkung bei der Vollstreckung wirke, sei allerdings der Vorbehalt im Urteile nötig (a. a. O. 146 ff.). Dieses Vorbehalts bedürfe es auch manchmal für die Prozeßkosten z. B. bei der Vollstreckung von anderen als Geldforderungen, deren materielle und prozessuale Behandlung er (a. a. O. 152 ff.) in Ansehung der beschränkten Haftung bespricht; im besonderen wird hierbei die Haftung der Miterben im Falle der Fortsetzung eines Handelsgeschäfts des Erblassers behandelt.

§ 2060. Kreß, Erbengemeinschaft 262 ff.: Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach der Teilung. Gesamtschuldnerische Haftung wegen unteilbarer Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 2062. OLG. Karlsruhe, CBlFrG. **4** 32: Wie der Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung, so steht auch die Beschwerde gegen den ablehnenden Beschluß des Nachlaßgerichts nur der Gesamtheit der Miterben zu.

Dritter Abschnitt.

Testament.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit. AbürgR. **22** 1—20. — Plotke, Zum Testamentsrecht des BGB. CBlFrG. **3** 377—382. — Reisler, Anwendbarkeit des § 2079 BGB. bei gemeinschaftlichen, wechselseitigen Testamenten unter Ehegatten. R. **03** 501—502. — Schwarz, Ist das Testament nichtig, wenn der Urkundsbeamte nicht die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, sondern die Tatsache der Schreibensunfähigkeit selbst in dem Protokolle festgestellt hat? R. **03** 572. — Dobrzynski, Der Irrtum im Beweggrunde bei letztwilligen Verfügungen unter Berücksichtigung seiner Besonderheiten. Berlin 1903.

§ 2064. An dem Ausdrucke Testament ist festgehalten worden, obschon er ein Fremdwort ist, weil derselbe sich überall in Deutschland Bürgerrecht erworben hat und in der Zusammensetzung z. B. „Testamentsvollstrecker" nicht zu entbehren war. Im Sprachgebrauche wird auch häufig der Ausdruck „letzter Wille" als gleichbedeutend mit Testament gebraucht. Das BGB. selbst gibt die Begriffsbestimmung von Testament und dessen Inhalt durch die folgenden Ge-

setzesstellen: §§ 1937, 1938, 1939 und 1940. Sauer, Testamente und Erbverträge in Bayern.

§ 2067. 1. Die Motive zum EG. 311 erklären es zwar für selbstverständlich, daß die zur Zeit der Errichtung geltenden Auslegungsvorschriften maßgebend sein müssen. Daß gesetzliche Auslegungsregeln, die zur Zeit der Testamentserrichtung gelten, zur Erforschung des wahren Willens des Erblassers herangezogen werden können, ist nicht zu bezweifeln. Soweit die Motive weitergehend etwa die Ansicht aussprechen wollen, daß die Auslegungsvorschriften des BGB. auf ältere Testamente nicht angewendet werden können, kann ihnen nicht gefolgt werden; vgl. Planck Anm. 4[6] zu Art. 214, Habicht 529 ff. Der Anwendung von Auslegungsregeln des BGB. auf Willenserklärungen, die vor seiner Geltung erlassen sind, steht vielmehr nichts entgegen. OLG. **6** 74 (Kiel).

2. Bei Bedenkung „der Verwandten" oder der „nächsten Verwandten" ist der überlebende Ehegatte nicht mitgetroffen; doch wird sich unter Umständen eine ausdehnende Auslegung rechtfertigen lassen. Strohal, Erbrecht 134.

§ 2068. OLG. **6** 312 (Hamburg): Das BGB. stellt im § 2068 eine Vermutung nur für den Fall auf, daß der Erblasser seine Kinder ohne nähere Bezeichnung bedacht habe. Hiermit hat nicht etwa das Gesetz für den Fall der Berufung von Kindern Dritter die Annahme, daß hierunter auch entferntere Abkömmlinge gemeint sein könnten, ausschließen wollen. Wie die Protokolle V 6635 ergeben, hat man für diesen Fall alles der freien richterlichen Auslegung ohne einengende gesetzliche Vorschriften überlassen wollen. Es muß deshalb versucht werden, den Willen des Erblassers im einzelnen Falle festzustellen. Dabei ist davon auszugehen, daß nach dem nächstliegenden Wortsinne im gewöhnlichen Sprachgebrauche wie im Rechtsleben unter „Kindern" die Abkömmlinge ersten Grades im Verhältnisse zu den Eltern verstanden werden, daß aber daneben der Ausdruck „Kinder" auch allgemeiner für Abkömmlinge ohne Rücksicht auf die Gradesnähe namentlich in letztwilligen Verfügungen vielfach gebraucht wird, wie dies durch die (freilich nur für einen engeren Fall geltende) Auslegungsregel des § 2068 bestätigt wird.

§ 2069. 1. Diese Bestimmung ist nicht auf Zuwendungen auf Seitenverwandte auszudehnen. OLG. **6** 72 (KG.).

2. Sind in einem gemeinschaftlichen Testamente der Eheleute die beiderseitigen Abkömmlinge bedacht, so treten an die Stelle eines vor dem Ableben des einen oder anderen der Ehegatten verstorbenen Abkömmlings dessen Abkömmlinge. BayrObLG., R. **03** 577.

§ 2072. Der Anwendung des § 2072 steht kein Bedenken deshalb entgegen, weil die Armen nur auf die Zinsen des ausgeworfenen Kapitals angewiesen sind. **RG. 52** 283; vgl. auch IDR. **1** zu § 2072.

§ 2079. 1. Die Gebundenheit des überlebenden Ehegatten aus einem gemeinschaftlichen, wechselseitigen Testamente, die nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten infolge Nichtausschlagens der Zuwendung eintritt, schließt die Anfechtung der letztwilligen Verfügung des Letztversterbenden aus § 2079 seitens derjenigen Personen aus, deren Pflichtteilsrecht sich mittelbar oder unmittelbar auf eine nach dem Tode des erstverstorbenen Testators und der Annahme oder Nichtausschlagung der Zuwendung von dem Überlebenden abgegebene Willenserklärung oder sonstige von ihm vorgenommene, Rechtsverhältnisse schaffende Willenshandlung gründet. Ihnen bleibt nur kraft der §§ 2303, 2317 der Anspruch auf den Pflichtteil. Reisler, R. **03** 501.

2. Die Bestimmung des § 2079 schränkt die Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung im Endergebnis auf das Maß des § 2078 ein. LG. Posen,

PosMschr. **03** 62; Planck-Ritgen, BGB. V Anm. 3 zu § 2079; Neumann, BGB. (3) Anm. 4 zu § 2079.

Wilke, Komm. z. Erbrecht; Simeon, Recht und Rechtsgang; Cosack, Lehrbuch d. Bürg. Rechtes, führen aus, daß die von dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2079 vollzogene Anfechtung des Testaments die Nichtigkeit der ganzen Verfügung bewirke, weil die Übergehung des Pflichtteilsberechtigten in allen Verfügungen zu finden sei.

§ 2081. Die Vorschrift des § 2081 Abs. 1 wird man ausdehnend dahin auslegen dürfen, daß das Gesetz durch sie alle Verfügungen umfaßt wissen will, welche die Berufung zur Erbfolge oder die Testamentsvollstreckung betreffen. Strohal a. a. O. 304, 305.

§ 2084. 1. Ein im Testamente nicht zum Ausdrucke gelangter Wille kann nicht durch Auslegung der Testamentsurkunde zur Geltung gebracht werden. OLG. **6** 72 (KG.). Anderer Ansicht OLG. Posen, SeuffA. **58** 28: Dem Gerichte steht es zu, einen unvollkommen geäußerten Willen aus anderen Tatumständen zu ergänzen. So ist der Umstand, daß der Erblasser die Erklärung nicht als letztwillige Verfügung bezeichnet hat, unerheblich, wenn er nach den Umständen und dem Inhalte der Erklärung in dieser zweifellos seinen letzten Willen aussprechen wollte.

2. Der Paragraph schreibt nicht vor, daß im Zweifel zugunsten des Bedachten auszulegen ist. OLG. **6** 72 (KG.).

Sind dem Vermächtnisnehmer als Vermächtnis Nutzungen zugewiesen, und ist bestimmt, daß das Recht auf Bezug der Nutzungen erlöschen soll, sobald dieselben von den Gläubigern des Vermächtnisnehmers gepfändet werden, so ist die Verfügung wirksam, sofern die Auslegung ergibt, daß nicht nur eine unstatthafte Verfügungsbeschränkung, sondern eine wahre Resolutivbedingung beabsichtigt war. **RG.**, R. **03** 399; vgl. über Auslegung auch IDR. **1** zu § 2084.

Zweiter Titel.
Erbeinsetzung.

§ 2087. 1. Aus § 2087 ergibt sich, daß die Zuwendung einzelner Gegenstände sehr wohl eine Erbeinsetzung enthalten kann, dann nämlich, wenn diese Gegenstände das ganze Vermögen des Erblassers darstellen, und der letztere, indem er über diese Gegenstände verfügte, über sein ganzes Vermögen verfügen wollte. OLG. **7** 357 (Colmar), R. **03** 528; vgl. auch IDR. **1** zu § 2087 Note 1.

2. Die Bestimmung eines Ehe- und Erbvertrags, daß der Überlebende die eine Vermögenshälfte als Vater- oder Muttergut auszuzeigen hat, wogegen er Alleineigentümer alles übrigen Vermögens wird, enthält nicht seine Einsetzung als alleinigen Erben. OLG. **7** 356 (BayrObLG.).

3. Die Bestimmung des § 2087 ist auch auf Testamente anzuwenden, die vor 1900 errichtet worden sind. Denn wenn das BGB. die Auslegungsregeln des früheren Rechtes durch andere ersetzt hat, so kann dies seinen Grund nur darin haben, daß die vom früheren Rechte aus dem Ausdruck auf den Willen gezogenen Schlüsse als unrichtig, dem fortgeschrittenen Sprachgebrauche nicht mehr entsprechend erkannt worden sind: dann ist aber nicht einzusehen, warum nicht die neu aufgestellten richtigen Auslegungsregeln auch auf die unter Geltung des früheren Rechtes abgegebenen Willenserklärungen anwendbar sein sollen. OLG. **7** 357 (KG.)

4. Die Fälle, in welchen sich der Nachlaß oder durch Absonderung vom Nachlaß ein Vermögen als sachenrechtliche Einheit zeigt, stellt mit den sich daraus ergebenden Folgen dar, Kohler, A.bürgR. **22** 17.

§ 2094. Abs. 3. Zur Ausschließung der Anwachsung ist nicht eine ausdrückliche Ausschließungserklärung erforderlich, vielmehr genügt, wenn sich aus dem Gesamtinhalte der Verfügung der Ausschließungswille mit hinreichender Sicherheit entnehmen läßt. Vgl. Planck Anm. 5 zu § 2094; Strohal, Erbrecht 88, 90; OLG. **6** 72 (KG.).

§ 2095. Kreß, Erbengemeinschaft 193 ff.: Ausschlagung, Sonderbehandlung der Beschwerungen bei Vereinigung mehrerer Erbteile in einer Hand.

§§ 2096, 2097. Der Übergang der dem Instituten bereits angefallenen, aber noch nicht definitiv erworbenen Erbschaft auf dessen Erben wird durch die Ersatzberufung nicht ausgeschlossen, es gehen vielmehr die Erben (nicht bloß, wie Frommhold 134 meint, die „gesetzlichen Erben") des Instituten, als dessen Transmissare, dem Ersatzerben vor (§ 1952).

Der Ausschlagung durch den Instituten steht die Ausschlagung durch den Erben des Instituten gleich. Strohal, Erbrecht 158 Anm. 24 u. 25.

Dritter Titel.

Einsetzung eines Nacherben.

Literatur: Herold. Fragen des Nacherbrechts, CBlFrG. **4** 175—178. — Martinius, Der Eintritt der zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person in die Stellung als Nacherbe, AbürgR. **23** 162—168. — Martinius, Notwendigkeit der Eintragung des Rechtes des Nacherben im Grundbuche vor Übertragung von Rechten seitens des befreiten Vorerben (zu §§ 41, 52 GBO.), DNotVZ. **03** 348—356. — Rotering, Gefahr und Gefährdung im BGB., AbürgR. **22** 21—33. — Thiesing, Einige Bemerkungen über das Rechtsverhältnis zwischen Vorerben und Nacherben, A.zivPr. **94** 229—264. — Thiesing, Die Eintragung des Nacherben, R. **03** 37. — Weegmann, Wann beginnt die Ausschlagungsfrist für einen pflichtteilsberechtigten Nacherben? (§§ 3142, 2306), Württ. ZFrG. **45** 162—169.

§§ 2100, 2112, 2139. 1. Thiesing, A.zivPr. **94** 229 ff.: Die Rechtsstellung des Vor- und Nacherben ist grundsätzlich die des auf Grund eines Verfügungsgeschäfts bedingt (befristet) Verpflichteten bzw. Berechtigten, wenngleich die Beschränkung des Vorerben nur ausnahmsweise dinglichen Charakter trägt, da seine Verfügungen regelmäßig seine Berechtigungszeit überdauern und einen bloß persönlichen Ersatzanspruch zugunsten des Nacherben entstehen lassen. Ausnahmen: §§ 2113—2115.

2. Nacherbrechte sind entweder dahin auszulegen,

daß die Nacherben von vornherein bestimmt sind und schon vor dem Anfall der Erbschaft an sie (§ 2139) ein festes, vererbliches (vgl. aber § 2069) Erbfolgerecht erlangen sollen, — §§ 2108 Abs. 2, 1942, 1952, — oder dahin,

daß lediglich gewisse im Augenblicke des Falles der Nacherbfolge vorhandene Personen nacherbberechtigt sein, die Personen der Nacherben erst durch dieses Ereignis festgestellt werden sollen. §§ 2105 Abs. 2, 1913, auch 2066 Satz 2, 2104 Satz 1.

Hierdurch werden sehr wichtige, namentlich bei Fassung von Testamenten, wie auch für den Vormundschafts- und Nachlaßrichter beachtliche Unterschiede erzeugt. So ist nur im ersteren Falle § 2102 anwendbar ⋙→ und ist die gegebene Auslegungsfrage auch für die Vertretung der Nacherben bei Rechtshandlungen der Vorerben sehr wesentlich (§ 1913). ←⋘ An einem praktischen Falle dargelegt von Herold, CBlFrG. **4** 175 ff.

3. Der Nacherbe ist Rechtsnachfolger des Erblassers, nicht des Vorerben. Lessing, Begriff der Rechtsnachfolge 80; vgl. Salinger, IDR. **1** zu § 2100.

§ 2101. Wenn feststeht, daß der Erblasser die von ihm bezeichnete und z. Zt. des Erbfalls noch nicht erzeugte Person gerade als solchen Erben einsetzen

wollte, dem kein Vorerbe vorgeht, so wird man der Absicht des Erblassers besser gerecht werden, wenn man die Berufung des Nachgeborenen zur Nacherbfolge als von ihm wenigstens eventuell gewollt betrachtet, als wenn man der Verfügung die Wirksamkeit gänzlich abspricht (vgl. § 2084). Strohal, Erbrecht 165. Ebenso Planck-Ritgen, Erl. 1 zu § 2101; A. A. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse 79 ff., welcher diese Erbeinsetzung als unwirksam behandelt. Vgl. hierzu JDR. **1** zu § 2101 Ziff. 1.

§ 2104. 1. Im Falle eines zur Zeit des Erbfalls noch nicht eingetretenen Anfangstermins wird der Anfall der Erbschaft bzw. des Vermächtnisses an den ex die Bedachten bis zum Eintritte des Termins hinausgeschoben. Strohal, Erbrecht 148; zugleich (Anm. 17) gegen Endemann III 162, 163, welcher „betagte" und „befristete" Berufung zur Erbfolge unterscheidet und bei der ersteren den Anfall der Erbschaft sofort, bei der letzteren erst beim Eintritte des Termins annimmt.

2. Stirbt der Erblasser in diesem Falle ohne Verwandte oder einen Ehegatten zu hinterlassen, so behält trotz Eintritts der Bedingung der Eingesetzte die Erbschaft. Matthiaß II 471; Frommhold, Komm. 136; a. M. Hachenburg, Studien z. Erbrecht d. Entw. 1 10.

3. Zufolge der Bestimmung, daß der Fiskus nicht zu den gesetzlichen Erben im Sinne des § 2104 gehöre, verbleibt dem von einem unverehelichten und verwandtenlosen Erblasser mit Beifügung einer auflösenden Bedingung eingesetzten Erben die Erbschaft selbst dann, wenn er der Intention des Erblassers geradezu zuwiderhandelt. Strohal, Erbrecht 164 Anm. 6.

§ 2105. Hat der Erblasser mehrere Personen ohne Bestimmung des Erbteils als Erben eingesetzt, eine derselben aber mit Beifügung einer aufschiebenden Bedingung oder eines Anfangstermins, so fällt, wenn die Bedingung bzw. der Termin zur Zeit des Erbfalls noch nicht eingetreten ist, die Erbschaft zunächst den unbedingt eingesetzten Erben allein an, so daß die gesetzlichen Erben als Vorerben des bedingt oder betagt eingesetzten Erben nicht in Frage kommen. Strohal, Erbrecht 165 Anm. 7.

§ 2106. Abs. 1. 1. Der Komplex von Rechtsverhältnissen, aus denen sich die vom Vorerben auf Zeit erworbene Erbschaft zusammensetzt, gehört nicht zum Nachlasse des Vorerben, sondern fällt mit dem Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbfolge ohne weiteres dem Nacherben zu. Strohal, Erbrecht 12. A. A. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 94, 95, welcher die Meinung vertritt, daß der Nacherbe wahrer Rechtsnachfolger des Vorerben sei, nicht nur in dem Sinne, daß er demselben in der Erbenstellung tatsächlich nachfolgt, sondern in der Art, daß der Nacherbe sein Recht allseitig von dem Vorerben ableitet. (Vgl. hierzu auch Lessing, o. Ziff. 3 zu §§ 2100ff.)

2. Abs. 2. Die Erzeugung des Nacherben spielt hier keine Rolle. Während sonst Erzeugtsein bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge genügt (§§ 2108 Abs. 1, 1923 Abs. 2), fällt hier der Eintritt des Falles der Nacherbfolge mit der Geburt des Nacherben, nicht mit seiner Erzeugung zusammen. Martinius, AbürgR. **23** 162 ff.

§§ 2108, 2106. Der Nacherbe, dessen Geburt abgewartet werden muß, hat nach seiner Geburt als Nacherbe schon von dem Zeitpunkt an zu gelten, über welchen der wirkliche Anfall der Erbschaft an den Nacherben hinausgeschoben werden mußte, weil dieser damals nur erzeugt, aber noch nicht geboren war. Strohal, Erbrecht 174.

Für diese Auffassung grundsätzlich auch Wilke, Erbrecht 144 zu § 2106, und Planck-Ritgen, Erl. 2 zu § 1206 und Erl. 1 zu § 2108, jedoch mit

der Einschränkung, daß es sich in dem Spezialfalle des § 2106 Abs. 2 anders verhalte.

§ 2109. Satz 2 Ziff. 1 ist auch auf die als Nacherbeinsetzung gemäß § 2106 Abs. 2 zu behandelnde Einsetzung einer noch nicht erzeugten natürlichen Person zu beziehen. Es genügt nicht, daß der Nacherbe erzeugt ist, wenn der Fall der Nacherbfolge erst später als 30 Jahre nach dem Erbfall eintritt. Satz 2 Ziff. 1 setzt „leben" nicht „erzeugt, sein" voraus. § 1923 Abs. 2 ist nicht verwertbar. Anwendung auf den Fall, daß Erblasser einen Nacherben berief, ohne das Ereignis, mit dem die Nacherbfolge eintreten sollte (§ 2106 Abs. 1), zu bestimmen, ist bedenklich mit Rücksicht auf den Wortlaut der Ziff. 1. Wenn Nacherbfolge auch für später als 30 Jahre nach dem Erbfalle sichergestellt werden soll, ist sie ausdrücklich auf den Tod des Vorerben (nicht stillschweigend) abzustellen. Martinius, A.bürgR. **23** 162 ff.

§ 2113. 1. Die Befreiung des Vorerben von der Beschränkung des Abs. 1 gemäß §§ 2136, 2137 trägt stets wegen § 2113 Abs. 2 die gesetzliche Bedingung in sich: „wenn nicht unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens durch letzteren verfügt wird, es sei denn, daß durch die Verfügung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird". Martinius, DNotVZ. **03** 348 ff.

2. Auch ein befreiter Vorerbe kann ein für den Erblasser eingetragenes Grundstück nur nach Eintragung der Rechte der Nacherben oder unter deren Zustimmung auflassen. OLG. **6** 320 (KG.).

3. Zur Notwendigkeit der Eintragung des Vorerben vgl. Thiesing, R. **03** 37 und — hierzu Stellung nehmend — Schwarz, R. **03** 226.

4. Für die Wirksamkeit einer Verfügung des Vorerben gegenüber dem Nacherben kommt es nicht auf ihr endgültiges ökonomisches Resultat für das Sondervermögen des Nachlasses an, mag dieses auch noch so günstig sein. Denn unter dem „Rechte des Nacherben" ist nicht seine wirtschaftliche Situation, sondern das konkrete, zur Nacherbschaft gehörende Recht, über das verfügt worden ist, zu verstehen. Maßgebend ist daher, ob die Verfügung das Recht als solches unbeeinträchtigt läßt. Derartige nicht beeinträchtigende Verfügungen sind jedoch nicht häufig. Beispiel: Rangerhöhung oder eine unschädliche Inhaltsänderung des Rechtes (§§ 880, 877). Thiesing, AzivPr. **94** 233 ff. Anders Salinger, IDR. **1** zu § 2113 Ziff. 1.

§ 2114. Bei der Übertragung einer Nachlaßhypothek auf einen Dritten muß die Umschreibung unter Vorbehalt der Rechte des Nacherben erfolgen oder die Einwilligung der Nacherben in die vorbehaltlose Umschreibung der Hypothek beigebracht werden. OLG. **6** 324 (KG.); KGI. **25** A 303; RIA. **3** 202; R. **03** 313.

§ 2115. 1. Nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes (vgl. §§ 135, 184, 353, 499, 883) und nach der Absicht der Kommission sind hiermit nur die Fälle getroffen, in welchen persönliche Gläubiger des Vorerben zur Hereinbringung ihrer Geldforderungen Zwangsvollstreckung in zur Erbschaft gehörende Gegenstände führen wollen. — Als Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 2115 ist dagegen nicht auch der im § 897 ZPO. bezeichnete Vorgang zu verstehen. Strohal, Erbrecht 182 Anm. 32; vgl. auch Hellmann 220, 221, Prot. V 113 und Planck, Komm. I 148.

2. Der Grundbuchrichter darf die Eintragung einer Zwangshypothek auf ein vorerbschaftliches Grundstück wegen einer persönlichen Schuld des Vorerben nicht ablehnen. Die Geltendmachung ihrer Unwirksamkeit im Falle des Eintritts

der Nacherbfolge wird den Nacherben durch Eintragung ihrer Rechte in Abt. II genügend gesichert. OLG. 7 353 (KG.).

§ 2116. Dem Testamentsvollstrecker gegenüber hat der Nacherbe den Anspruch aus § 2116 nicht, auch dann nicht, wenn ersterer die Verwaltung bis zum Eintritt der Nacherbfolge statt des Erben führt. Denn der Vollstrecker ist nicht Vertreter des Erben; Ansprüche, welche nur gegen die Person des Erben (nicht etwa gegen den Nachlaß) gerichtet sind, können nicht gegen den Vollstrecker erhoben werden. OLG. 6 308 (KG.).

§ 2121. 1. Zur eidlichen Bekräftigung des vom Vorerben dem Nacherben mitgeteilten Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände ist der Vorerbe an sich nicht verpflichtet. BayrObLG., R. **03** 457; wegen Legung des Nachlaßverzeichnisses vgl. JDR. **1** zu § 2121.

2. Darüber, was der Notar verzeichnen soll, entscheidet der Wille des Antragstellers. Dieser ist seinem Vertragsgegner verantwortlich, ob das alsdann vorzulegende oder mitzuteilende Verzeichnis dem entspricht, was auf Grund des vorliegenden Rechtsverhältnisses verlangt werden konnte. Allgemeingültiges läßt sich nicht viel sagen. Es werden stets die Gegenstände allein sein, um Verbindlichkeiten wird es sich nicht handeln können. Dem Nacherben (§ 2121), dem Pflichtteilsberechtigten (§ 2314) sind nach dem Wortlaute des Gesetzes nur die Nachlaßgegenstände zu verzeichnen, seitens des Testamentsvollstreckers dem Erben auch die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2215), um diesem die Errichtung des Inventars gemäß § 1993 zu ermöglichen.

§ 2127. Gegenstand der Auskunft im Sinne des § 2127 ist nur der „Bestand" der Erbschaft, nicht aber auch der Verbleib von Erbschaftsgegenständen wie im § 2027.

Zu dieser Auskunft ist der Vorerbe verpflichtet, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch die Verwaltung die Rechte des Nacherben verletzt. In diesem Falle kann er zur Ableistung des Offenbarungseids nach § 260 Abs. 2 angehalten werden. BayrObLG., R. **03** 458; vgl. auch JDR. **1** zu § 2127.

Die Feststellung des Bestandes der Erbschaft kann als Verwaltungstätigkeit nicht erachtet werden. BayrObLG., R. **03** 458.

§ 2128. Die begründete Besorgnis einer erheblichen Verletzung bezeichnet die konkrete Gefahr. Die Besorgnis muß eine vernünftige — durchschnittliche — sein, Gegensatz ist die singuläre, deshalb im Verkehrs- und Rechtsleben nicht zu beachtende peinliche Ängstlichkeit. Rotering, AbürgR. **22** 21 ff.; vgl. hierzu JDR. **1** zu § 2127 Ziff. 1.

§ 2136. Wenn die Löschungsbewilligung zugleich die Erklärung, daß Kapital und Zinsen der Forderungen bezahlt seien, also die Quittung enthält, aus der sich die durch Leistung begründete Verpflichtung zur Löschungsbewilligung ergibt, so darf der Grundbuchrichter von dem befreiten Vorerben nur dann den Nachweis der Richtigkeit der Angaben oder statt dessen die Zustimmung der Nacherben verlangen, wenn der konkrete Sachverhalt ihm Anlaß zu der Vermutung gibt, daß die Verfügung trotzdem entgegen der Erklärung unentgeltlich oder in Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt sei. OLG. 6 183 (KG.), KGJ. **25** A 278; vgl. hierzu JDR. **1** zu § 2114.

§ 2137. Die Übertragung der Verwaltung des Nachlasses schließt nicht notwendig die Einräumung des Rechtes zur freien Verfügung über die Erbschaft in sich. OLG. **6** 326 (KG.).

§ 2138. Abs. 1. Vom Vorerben über Erbschaftsgrundstücke geschlossene, bei Eintritt der Nacherbfolge noch laufende Miet- und Pachtverträge sind wie die

vom Nießbraucher geschlossenen (nach § 1056) zu behandeln. Matthiaß II 478 Anm. 2.

§ 2142. Abs. 1. 1. Der Nacherbe kann vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge die Nacherbschaft ausschlagen, aber nicht annehmen. Die Ausschlagungsfrist des § 1944 läuft dem Nacherben nicht schon vom Erbfalle (Voranfall), sondern erst von dem Eintritte der Nacherbfolge an. Dies gilt auch für den pflichtteilsberechtigten Nacherben. Weegmann, WürttZFrG. **45** 162 ff.

2. Ob der Nacherbe schon im voraus, das heißt vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge annehmen kann, ist streitig.

Für die wirksame Annahme erklären sich: Strohal 191, Planck-Ritgen, Erl. zu § 1946 (während er sich in Erl. zu § 2142 gegen die wirksame Annahme ausspricht), Wilke 162 und Binder 106.

Meischeider 283 und Herzfelder (in v. Staudingers Kommentar V) 373 leiten aus der Bestimmung des § 2142 die Folgerung ab, daß der Nacherbe in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Falle der Nacherbfolge zwar ausschlagen, aber nicht annehmen kann.

Kipp-Windscheid, Pandekten (8) III 439 mit 680 stellt unter Nichtberücksichtigung des Wortlauts der §§ 1946 und 1951 die Regel auf, daß Annahme und Ausschlagung erst nach dem Anfalle der Erbschaft an den Erben erfolgen könne, und will eine Ausnahme hiervon im Falle des § 2142 nur hinsichtlich der Ausschlagung anerkennen.

Daß § 2142 Abs. 1 nur der Möglichkeit der Ausschlagung gedenkt, erklärt sich daraus, daß der Annahme der Erbschaft nach der Auffassung des Gesetzes nur negative Bedeutung zukommt; infolgedessen wird auch sonst die Ausschlagung in den Vordergrund gestellt und oft nur allein erwähnt (§§ 1942, 1952).

Darin, daß jemand die ihm aus einer eventuellen Nacherbfolge zustehenden vorläufigen Rechte geltend macht, ist eine Annahme der Erbschaft noch nicht zu erblicken. Am sichersten wird die Annahme einer bevorstehenden Nacherbfolge dem Nachlaßgerichte gegenüber ausgesprochen werden. Strohal 192 Anm. 3.

Vierter Titel.

Vermächtnis.

§ 2153. Das Maß der dem Beschwerten oder dem Dritten zukommenden Bestimmungsbefugnis kann nach Maßgabe der konkreten Anordnung des Erblassers sehr verschieden sein. Der Bestimmungsberechtigte kann insbesondere auch befugt sein, einzelne aus dem Kreise der genannten Personen ganz zu übergehen. Vgl. hierzu den **RG. 30** 287 zugrunde liegenden Fall. Strohal, Erbrecht 208 Anm. 23.

Der Bestimmungsberechtigte kann nicht (wie Planck-Ritgen, Erl. 1 zu § 2153 und Herzfelder in v. Staudingers Kommentar V 388 behaupten), das Bestimmungsrecht nur einheitlich ausüben. Es ist auch nicht (mit Planck-Ritgen) anzunehmen, daß der bestimmungsberechtigte Beschwerte die Teilungsbestimmung wirksam nur gegenüber allen Bedachten, unter denen die Zuweisung erfolgen soll, erklären kann, so daß demgemäß die zunächst nur einem Bedachten gegenüber erfolgte Zuweisung sich auch im Verhältnisse zu diesem als unwirksam darstellen würde. Strohal, Erbr. 208 Anm. 24.

§ 2155. Die der Gattung nach bestimmte Sache braucht nicht dem Bestande des Nachlasses anzugehören. Strohal, Erbr. 251 Anm. 6; vgl. auch Böhm, IDR. **1** zu § 2155. Anders Frommhold, Erbr. 162.

§ 2168. Planck-Ritgen, Erl. a. z. § 2168 macht darauf aufmerksam, daß der ganze Abs. 1 von § 2166 nur im Abs. 2, nicht auch im Abs. 1 von § 2168 berufen ist. — Trotzdem ist nicht daran zu zweifeln, daß die Liberierungspflicht des Vermächtnisnehmers auch im Falle des Abs. 1 von § 2168 über das durch § 2166 Abs. 1 a. E. bestimmte Maß keineswegs hinausgeht. Strohal, Erbr. 243 Anm. 39.

§ 2169. 1. Bezüglich gepfändeter Sachen vgl. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 102.

2. Abs. 4. Über die verschiedenen Bedeutungen, welche das Wort „gehören" in der modernen Rechtssprache führt, vgl. Fischer, Der Schaden 97.

§ 2170. Abs. 2. 1. Ist die Verpflichtung zur Entrichtung des Wertes für den Beschwerten einmal begründet, so wird sie dadurch nicht mehr aufgehoben, daß die Leistung des Gegenstandes selbst hinterher auch objektiv unmöglich wird. Strohal, Erbr. 246 Anm. 5.

2. Der im § 2170 Abs. 2 verordnete Werterſatz umfaßt nur den Ersatz des gemeinen Wertes, nicht das Interesse: darüber ausführlich Fischer, Schaden 45f.

§ 2171. Nach dem Sprachgebrauche des BGB. (vgl. besonders §§ 275, 306) hat man hierbei nur an den Fall der sogenannten objektiven Unmöglichkeit der Leistung zu denken. Für die Beurteilung des z. Z. des Erbfalls vorhandenen Unvermögens des Beschwerten zur Leistung sind die §§ 2169, 2170 von Belang. Zu beachten ist, daß § 2171 der vertragsrechtlichen Vorschrift des § 306 entspricht und sich somit nur auf die anfängliche, nicht auf die nachträgliche Unmöglichkeit bezieht. Eine grundsätzliche Abweichung besteht darin, daß für die Entscheidung der Frage, ob ursprüngliche Unmöglichkeit wirklich vorliegt, nach § 2171 nicht die Zeit der Anordnung der Vermächtnisverfügung, sondern der Erbfall in Betracht kommt. Strohal, Erbr. 213 Anm. 3.

Zufolge der auf Rechtsgeschäfte aller Art sich beziehenden Vorschrift des § 138 ist auch eine Vermächtnisverfügung, die gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Ob ein solcher Verstoß vorliegt, wird nach Analogie der Entscheidung des § 2171 auch hier nicht nach der Zeit der Errichtung, sondern nur nach der Zeit des Erbfalls zu beurteilen sein. Strohal, Erbr. (3) 214 im Gegensatze zur 2. Aufl. 123.

Nach dem I. Entwurfe § 1853 Satz 1 (vgl. Motive V 154) ist ein solcher Analogieschluß ausgeschlossen. Der Auffassung der Motive schließen sich überwiegend auch die Schriftsteller über das BGB. an. Etwas anders Planck, Erbr. 3 zu § 2171.

§ 2172. Soweit dem Erblasser in den hierher gehörenden Fällen ein Anspruch auf Leistung von Schadensersatz, oder auf Herausgabe der grundlosen Bereicherung erwachsen ist, gilt dieser Anspruch als vermacht. Strohal, Erbr. 233. Ebenso Planck-Ritgen 1b zu § 2172. Anders Wilke, Erbrecht 178.

§ 2174. Der Vermächtnisanspruch des Bedachten kann, auch wenn ein Vermächtnisnehmer beschwert ist, beim Gerichtsstande der Erbschaft erhoben werden (§ 27 ZPO.).

Die Leistungsverpflichtung des Beschwerten bestimmt sich, soweit nicht erb- und vermächtnisrechtliche Sonderbestimmungen eingreifen, nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts, insbesondere rücksichtlich der Haftung für eigenes und fremdes Verschulden, rücksichtlich der Steigerung der Haftung durch Leistungsverzug oder Rechtshängigkeit, rücksichtlich der Kosten der Entrichtung des Vermächtnisses und rücksichtlich des Leistungsorts. Strohal, Erbr. 224, 225.

Aus dem Vermächtnisse der Schuldbefreiung ergibt sich für den Vermächtnisnehmer in allen Fällen nur ein Anspruch auf Befreiung gegen den Beschwerten, niemals die Befreiung selbst. Ist jedoch die Befreiung von einer Schuld des Bedachten gegen den Erblasser vermacht, so kann der Bedachte sein Recht aus dem Vermächtnis auch dadurch geltend machen, daß er dem Anspruche des Beschwerten auf Leistung gegenüber die Erfüllung verweigert. Mit Rücksicht auf den sich im § 821 ausprägenden Gedanken ist sogar zu behaupten, daß der Bedachte die Erfüllung der Verbindlichkeit selbst dann noch verweigern kann, wenn der Anspruch auf Befreiung verjährt ist. Strohal, Erbr. 254. Zustimmend Regelsberger, Iherings J. **41** 335.

Vgl. auch zu § 2084 Z. 2 Abs. 2.

§ 2184. Als Voraussetzung des Anspruchs auf Herausgabe bezogener Früchte ist zu fordern, einmal, daß in der Zeit vom Anfalle bis zur Leistung des vermachten Gegenstandes Früchte aus letzterem gezogen worden sind, und sodann, daß das vermachte Recht an sich das Recht auf Früchtebezug in sich schließt. Keine dieser Voraussetzungen kann zutreffen, wenn lediglich das Recht vermacht ist, Räume für sich und seine Familie sowie die zur Bedienung und Pflege erforderlichen Personen als Wohnung zu benutzen. OLG. **6** 313 (Stuttgart).

§ 2185. Von dem Momente der Kenntnis des Vermächtnisses an hat der Beschwerte die Stellung des bösgläubigen Besitzers. Matthiaß II 489. Anderer Meinung: Wilke V 188.

§ 2191. Der Nachvermächtnisnehmer erlangt nur einen bedingten oder betagten persönlichen Anspruch gegen den Vorvermächtnisnehmer bzw. dessen Erben auf Zahlung der den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Geldsumme (§ 2191). Daraus ergibt sich, daß Verwaltungshandlungen der Nachvermächtnisnehmer in bezug auf das Nachvermächtnis regelmäßig erst mit dessen Anfall eintreten können und deshalb bis dahin ein Interessenstreit zwischen dem Vater als Nutznießer und Verwalter von Vermögen seiner Ehefrau als der Vorvermächtnisnehmerin und den Kindern als Nachvermächtnisnehmern nicht vorliegt. Deshalb ist die Einleitung einer Pflegschaft (ebenso wie schon unter der Herrschaft der Preußischen Vormundschaftsordnung die Einleitung einer Vigilanzpflegschaft) unzulässig. Es könnte nur in Frage kommen, ob das Vormundschaftsgericht, wenn das Interesse des Kindes zu dem des Vaters oder dessen Ehegatten in erheblichem Gegensatze steht, dem Vater die Vertretungsbefugnis entziehen will. OLG. **7** 128 (KG.); ebenso Bresl. AK. **03** 45 (KG.).

Fünfter Titel.

Auflage.

§ 2192. Zu den Auflagen gehören auch die Anordnungen über das Begräbnis. Es empfiehlt sich, hierzu lediglich die Form eines leicht auffindbaren, unverschlossenen Privattestaments zu wählen, denn bei gerichtlich verwahrten Testamenten kann die Eröffnung regelmäßig nicht zeitig genug erfolgen. Jastrow, FormBuch II 256 Muster 158 Anm. 18.

§ 2194. Das Recht, die Vollziehung der Auflage von dem Beschwerten zu verlangen, ist ein eigenartiger Fall der Einräumung einer Rechtsmacht zu treuer Hand, da der Rechtsmacht eine Rechtspflicht zur Ausübung der ersteren und eine Verantwortlichkeit wegen Nichtausübnng nicht gegenübersteht. Strohal 38 Anm. 8. Ebenso Schultze, Treuhänder im geltenden Rechte 92 ff. Anders: Motive V 214; Hellwig, Verträge 58 ff., 78 ff. und Kipp-Windscheid (8) 684 ff. Diese sprechen dem zum Verlangen auf Voll-

ziehung einer Auflage Berechtigten nur eine „formale Befugnis" zu, und verneinen für sein Recht den Charakter eines materiellen Gläubigerrechts. Desgl. Bendix vgl. IDR. 1 zu § 2194.

Sechster Titel.
Testamentsvollstrecker.

Literatur: Goslich, Der Testamentsvollstrecker hat als solcher nicht das Recht, einen Erbschein zu beantragen (§ 2353), CBlFrG. 3 385—389. — Lafrenz, Zur Testamentsvollstreckung, IW 03 385—389.

§ 2197. 1. OLG. 6 182 ff. (KG.): Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung setzt nicht notwendig voraus, daß das Wort „Testamentsvollstrecker" gebraucht ist, es genügt vielmehr, daß aus den Umständen die Berufung zu den Geschäften eines Vollstreckers entnommen werden muß (Planck zu § 2197 Anm. 1 Abs. 3).

2. OLG. 6 186 (KG.): Die Verfügung von Testamentsvollstreckern, welche ihr Amt in gehöriger Weise noch nicht angenommen haben, erscheint als Verfügung Nichtberechtigter, die unwirksam ist (vgl. Planck § 2202 Anm. 5).

3. Ist neben der Eintragung der Nacherbfolge im Grundbuche die der Testamentsvollstreckung unterlassen worden, so bleibt dies doch auf die Verfügungsbefugnis des Vollstreckers ohne Einfluß. Denn die Eintragung der Nacherben hat nur den Zweck, die Verfügungsbeschränkung der Vorerben zu veröffentlichen. OLG. 6 186 (KG.).

4. Der Testamentsvollstrecker darf im allgemeinen über Nachlaßgegenstände nicht zu seinen eigenen Gunsten verfügen. Wenn sich jedoch im Einzelfall ergibt, daß eine solche Verfügung dem Willen des Erblassers entspricht, so ist sie zulässig. KGJ. 25 A 72.

5. Ist das nach § 1981 den Nachlaßgläubigern zustehende Recht auf Anordnung der Nachlaßverwaltung diesen auch dann zu gewähren, wenn der Nachlaß der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt und Grund zu der Annahme besteht, daß durch das Verhalten des Vollstreckers die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse gefährdet werde? — Bejaht von Planck Vorbem. 5 b zu § 2197; dagegen Lafrenz, IW. 03 411 Ziff. 1.

§ 2198. Abs. 2. Als „Beteiligte" sind anzusehen: der Erbe (auch der Nacherbe), ein Mitvollstrecker, Vermächtnisnehmer und die zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage berechtigten Personen. Auch ein Pflichtteilsberechtigter und ein gewöhnlicher Nachlaßgläubiger müssen als Beteiligte im Sinne des § 2198 Abs. 2 gelten. Strohal, Erbr. 268 Anm. 4. Ebenso Planck-Ritgen, Erl. 3 zu § 2198.

Wilke, Erbrecht 196 will den gewöhnlichen Nachlaßgläubiger nicht zu den „Beteiligten" zählen.

§ 2200. Ist gegen eine Verfügung, durch welche der Antrag eines Beteiligten auf Ernennung eines Vollstreckers abgelehnt wird, Beschwerde zulässig? — Verneint von Planck Anm. 3 zu § 2200, bejaht von Lafrenz, IW. 03 413 Ziff. 4.

§ 2202. Der Testamentsvollstrecker kann nicht vor Annahme des Amtes über Nachlaßgegenstände verfügen. KGJ. 25 A 279 (KG.).

Ein Nachlaßschuldner, welcher an den Testamentsvollstrecker Zahlung leistet, bevor dieser die erforderliche Annahmeerklärung gegenüber dem Nachlaßgericht abgegeben hat, muß den Erben nochmalige Zahlung leisten, wenn die gezahlte Summe nicht zur Nachlaßmasse abgeliefert ist. Die Vornahme von Verwaltungshandlungen enthält nicht eine stillschweigende Annahme des Amtes; dieselbe kann

nur durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgen. Die Annahmeerklärung hat keine rückwirkende Kraft. Bolck, DJZ. **03** 199, 200.

§ 2204. 1. Der Testamentsvollstrecker ist von dem Willen der Erben unabhängig, insbesondere auch bezüglich der Auseinandersetzung; maßgebend ist für ihn allein der Wille des Erblassers und als solchen unterstellt das Gesetz bezüglich der Art der Auseinandersetzung in Ermangelung besonderer Anordnungen des Testaments die Vorschriften der §§ 2042 ff. Lafrenz, JW. **03** 412 Ziff. 2 gegen Frommhold, Erbrecht Anm. 2 zu § 2204 und Meischeider 490.

2. Daraus, daß der vom Erblasser ernannte Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung mehrerer Miterben zu bewirken hat, ist nicht zu folgern, daß der Erblasser mit bindender Kraft für das Nachlaßgericht einen nicht mit der Testamentsvollstreckung betrauten Notar zur Auseinandersetzung der Miterben bestimmen darf, sofern (wie durch § 31 des Els. Lothr. AG. z. FrGG. geschehen) dem Nachlaßgerichte die Ernennung des mit der Vermittelung der Auseinandersetzung beauftragten Notars übertragen ist. OLG. **7** 210 (Colmar), R. **03** 211.

3. Jastrow, FormBuch II 248 Muster 156 Anm. 27, empfiehlt für den Fall, daß ein Miterbe zum Testamentsvollstrecker ernannt wird, ausdrücklich zu bestimmen, ob er befugt sein soll, die Auseinandersetzung auch mit sich selbst zu bewirken.

§ 2205. 1. Die Annahme und Ausschlagung einer zum Nachlasse gehörenden Erbschaft oder eines solchen Vermächtnisses steht dem Testamentsvollstrecker (mit Ausschluß des Erben) insoweit zu, als bei freier Würdigung der Sachlage nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Ebenso kann dem Testamentsvollstrecker die Befugnis zum Widerruf einer von dem Erblasser gemachten Schenkung nach § 530 Abs. 2 nicht schlechthin abgesprochen werden. Strohal, Erbrecht 270 Anm. 14.

Frommhold 197 und Planck-Ritgen, Erl. 5 zu § 2205 geben das Recht, eine zum Nachlasse gehörige Erbschaft oder ein Vermächtnis anzunehmen oder auszuschlagen, nur dem Erben und berufen sich für ihre Ansicht auf § 9 KO.

2. Sowohl gegen den Nichterben wie gegen den Erben wird der Vollstrecker seine Klage auf Überlassung des Besitzes darauf stützen können, daß er seine Verfügungsmacht und die Zugehörigkeit der Sache zum Nachlasse darlegt; der Stellung des Vollstreckers dürfte es entsprechen, wenn man auf diese Klage die Regeln der rei vindicatio anwendet. Lafrenz, JW. **03** 413 Ziff. 3.

§ 2208. Das Nachlaßgericht ist vom Gesetze zu einer allgemeinen Aufsicht über die Geschäftsführung des Vollstreckers nicht berufen und kann hierzu auch vom Erblasser nicht berufen werden, weil es auf seinen gesetzlichen Wirkungskreis beschränkt ist. Trifft der Erblasser aber die Anordnung, daß die Geschäftsführung des Testamentsvollstreckers insbesondere im Grundbuche vielmehr der Beaufsichtigung durch das Nachlaßgericht unterliegen soll, so ist damit zum Ausdrucke gebracht, daß dem Testamentsvollstrecker insoweit nach dem Willen des Erblassers ein selbständiges Verfügungsrecht nicht zustehen soll, und es genügt deshalb auch insoweit, z. B. zur Umschreibung von Hypotheken, nicht die Erklärung und Bewilligung des Vollstreckers. OLG. **7** 360 (KG.); KGJ. **25** A 223: Dem Testamentsvollstrecker stehen die gesetzlichen Befugnisse nur soweit zu, als ihn der Erblasser nicht beschränkt hat.

§ 2211. 1. Hinsichtlich der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände (Forderungen der Erben gegen den Erblasser gehören nicht zu den Nachlaßgegenständen) gilt ein Erlöschen durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit bzw. Recht und Belastung in der Person des Erben als nicht

eingetreten, ihm gegenüber gelangt auch eine Verfügung des Erben über einen Nachlaßgegenstand nicht nach § 185 zur Wirksamkeit. Strohal, Erbrecht 286.

Ebenso Planck-Ritgen, Erl. 1 zu § 2214 gegen die Ansicht von Cosack, Lehrbuch II § 395 (VI), der dieselbe Behandlung eintreten lassen will, wie im Falle der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses.

2. Zu den Personen, denen gegenüber die Verfügung des Erben unwirksam ist, gehört nicht der Erbe selbst (gegen die herrschende Meinung). Breit, Geschäftsfähigkeit 27 f.

§ 2212. Die Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs steht nicht dem Erben, sondern nur dem Testamentsvollstrecker zu. Strohal, Erbrecht 291; vgl. auch JDR. **1** Ziff. 4 zu § 2212.

Anders Protokolle V 300 und die herrschende Meinung, insbesondere Planck-Ritgen Vorbem. 4 zu §§ 2197 ff., Erl. 2 zu § 2212. Vgl. dagegen Hellwig, Anspruch und Klagrecht 76.

Zur Geltendmachung der in §§ 2027, 2028 bestimmten Ansprüche auf Auskunftserteilung ist der Testamentsvollstrecker legitimiert. Strohal, Erbrecht 292. Ebenso Planck-Ritgen, Erl. 2 zu § 2212.

§ 2213. 1. Der Testamentsvollstrecker ist auch gegenüber der hereditatis petitio passiv legitimiert, wenn er entgegen den für ihn maßgebenden Bestimmungen des Testaments den Erben die Erbschaft vorenthält. Aber wenn es sich um den Streit über Recht oder Nichtrecht oder um den Umfang der Rechte konkurrierender Erben handelt, dann kann, wie das **RG. 32** 152 eingehend dargelegt hat, naturgemäß ein solcher Streit nur zwischen den widersprechenden Konkurrenten und nicht gegen den Testamentsvollstrecker zum Austrage gebracht werden, es müßte denn dem letzteren eine solche Befugnis ganz besonders vom Testator eingeräumt sein, was, soweit dadurch nicht Pflichtteilsrechte beeinträchtigt werden, für zulässig erklärt ist. **RG.** JW. **03** 31; vgl. dazu Brettner, JDR. **1** zu § 2213 Ziff. 5.

2. Die Witwe kann vom Testamentsvollstrecker ihres Mannes Mitverwaltung und ein Vermögensverzeichnis fordern. OLG. **6** 164 (Hamburg).

§ 2224. Von mehreren Testamentsvollstreckern ist jeder einzelne zur Klage gegen Nachlaßschuldner auf Zahlung zur Nachlaßmasse befugt. **RG.** DJZ. **02** 355, DNotVZ. **03** 277.

§ 2225. Das Amt des Testamentsvollstreckers endigt nicht ohne weiteres und nicht schon dadurch, daß dieser seine Aufgaben erledigt hat. Es muß vielmehr angenommen werden, daß die Beendigung des Amtes des Vollstreckers nach Analogie des § 2226 erst durch Anzeige des Vollstreckers beim Nachlaßgericht oder durch auf Antrag eines Beteiligten vom Nachlaßgerichte nach § 2237 ausgesprochene Entlassung eintritt. Für diese Ansicht sprechen auch die Protokolle V 314. Strohal, Erbrecht 274 Anm. 28. Anders die herrschende Meinung und insbesondere Planck-Ritgen Vorbem. 1b zu §§ 2225, 2227.

§ 2227. 1. KG., SeuffA. 58 461 ff.: Im Hinblick auf die Fassung des § 2227 kann es keinem Bedenken unterliegen, daß an sich die grobe Verletzung der dem Testamentsvollstrecker gegenüber dem Erben nach den §§ 2215, 2218 obliegenden Pflichten geeignet ist, einen Entlassungsgrund zu bilden, und zwar ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers. Wie wenig dem Willen des Erblassers in dieser Richtung eine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen ist, ergibt sich namentlich aus dem § 2220; denn danach kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker von den ihm in den §§ 2215, 2216, 2218, 2219 zum Schutze des Erben auferlegten Verpflichtungen, ohne welche der Erbe völlig in die Hände des Testamentsvollstreckers gegeben sein würde (Motive V 244), überhaupt nicht befreien. Selbst wenn daher der Erblasser den Testamentsvollstrecker

von der Pflicht zur Rechnungslegung befreit hätte, würde letzterem diese Verpflichtung obliegen, und würde daher bei hartnäckiger, fortgesetzter Verweigerung der Rechnungslegung hierin eine grobe Pflichtverletzung gefunden werden können (463).

2. Das hartnäckige Verharren des Testamentsvollstreckers auf seiner, vor sämtlichen Instanzen in Betracht kommenden Rechtsauffassung erscheint an sich als geeignet, selbst die Annahme eines groben Verschuldens zu begründen. SeuffA. **58** 461 (KG.).

Siebenter Titel.

Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Literatur: Brettner, Das öffentliche Testament und seine Vorzüge, CBlFrG. 3 382 bis 385. — Franke, Das eigenhändige Testament des BGB., insbesondere Beweiskraft und Form seiner Urkunde, ThürBl. **50** 161—175. — Dennler, Hat die Verkündung einer Verfügung von Todes wegen auch bei Nichtanwesenheit der Beteiligten zu erfolgen? BayrNotZ. **03** 96ff. — Jastrow, Die Photographie im Dienste der gerichtlichen oder notariellen Abschriftsbeglaubigung, DNotVZ. **03** 450—460.

§ 2229. Eine analoge Bestimmung für den Fall der Entmündigung wegen Geisteskrankheit war deshalb überflüssig, weil in betreff der rechtlichen Beurteilung desjenigen, dessen Entmündigung wegen Geisteskrankheit mit Erfolg beantragt worden ist, rücksichtlich der Zeit vor der Entmündigung schon durch die Bestimmung der Ziff. 2 des § 104 vorgesorgt ist. Strohal, Erbrecht 85 Anm. 6 gegen Endemann § 25 Anm. 26 und Frommhold 215; vgl. dagegen auch Planck-Ritgen, Erl. 1a zu § 2229.

Die Stellung einer Person unter die Gebrechlichkeitspflegschaft des § 1910 läßt deren Geschäfts- und Testierfähigkeit unberührt. Strohal, Erbrecht 85 Anm. 8.

§ 2231. 1. a) Ein Testament mit unrichtigem Orts- und Zeitdatum behandeln schlechthin als nichtig: Endemann III § 27 Anm. 16; Frommhold 216; Märker 89; Mantey 641 ff. und Herzfelder 491. Für diese Auffassung auch **RG.** (auf Grundlage des französischen Rechtes) **7** 292.

Brock 84 ff. und Kipp-Windscheid III Zus. zu § 545 erklären im Falle der absichtlich unrichtigen Angabe der Daten das Testament für nichtig, während eine unabsichtliche Unrichtigkeit die Gültigkeit jedenfalls dann nicht beeinträchtigen soll, wenn sie aus dem Testament selbst richtig gestellt werden kann. Ähnlich Hölder 310 und Wilke 219; zweifelnd Herzfelder, wenn die unabsichtliche Unrichtigkeit ohne sachliche Erheblichkeit ist und durch Heranziehung anderer Umstände richtiggestellt werden kann.

Daß Ungenauigkeiten, selbst Unrichtigkeiten des Orts- und Zeitdatums die Gültigkeit des eigenhändigen Testaments nicht ausschließen, behaupten neben Strohal, Matthiaß II § 129; Cosack II § 353 Anm. 2; Weißler, Nachlaßverfahren 157; Boehm 80; Tränkner 354 und Planck-Ritgen, Erl. II 4d zu § 2231. Grundsätzlich sind auch der belgische Kassationshof und das preußische Obertribunal geneigt, von der Forderung der Richtigkeit des Datums abzusehen. Ausführliche Begründung: Strohal, Erbrecht 109 ff.

Ist das Orts- und Zeitdatum ein unmögliches, oder scherzhaften Charakters, so würde das Testament nichtig sein, weil eine Angabe des Datums im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt. Strohal, Erbrecht 115; vgl. auch Hölder 311.

b) Nach hergebrachten Anschauungen und nach der Bedeutung, die auch im Rechts- und Verkehrsleben regelmäßig der Datierung zukommt, kann die einer Erklärung als Datum beigesetzte Benennung eines Ortes und Tages nur so verstanden werden, daß der Erklärende damit feststellt und bezeugt, er gebe die Erklärung an dem angegebenen Orte und an dem angegebenen Tage ab. Diese

Auslegung der gemeingewöhnlichen Datierungsform enthält zugleich die Auslegung des Datierungsgebots, welches das Gesetz für alle unter seiner Herrschaft errichteten eigenhändigen Testamente nicht anders als in dem stets gleichen und zwar in dem allgemein hergebrachten Sinne einer Datierung aufgestellt haben kann. Richtig aber muß die Angabe des Ortes und des Tages nicht in der vom Kammergerichte diesem Begriffe beigelegten Bedeutung einer Übereinstimmung mit der willkürlichen Bestimmung des Testators sein (KGJ. **24** A 46), sondern sie muß das wahre Datum im Sinne des reichsgerichtlichen Urteils vom 3. März/7. April 1902 bezeichnen, also mit den durch die Testamentserrichtung gegebenen Tatumständen übereinstimmen. Sie bildet nicht nur ein äußeres Formerfordernis ohne innere Beziehung zu dem Vorgange der Errichtung, sondern, gleichviel welcher Beweiswert ihr in jedem einzelnen Falle beizumessen ist, zugleich ein Beweismittel. Wie von dem Formerfordernisse der eigenhändigen Niederschrift zutreffend behauptet worden ist, daß es eine erhöhte Garantie für den Fall schaffe, wenn im entscheidenden Zeitpunkte der wichtigste Echtheitszeuge, nämlich der Testator selbst nicht vorhanden ist — vgl. Stubenrauch (Bonnot u. Schreiber) Anm. 4 zu § 578 des österr. Gesetzbuchs (8) 783 —, so gilt das gleiche mit bezug auf die Orts- und Zeitumstände der Errichtung von dem Formerfordernisse der Datierung. Als ein solches Zeugnis kann das Datum je nach der Beschaffenheit des Falles seinen Zweck auch dann erfüllen, wenn es zwar nicht mit unterschrieben, aber doch mit der unterschriebenen letztwilligen Erklärung in einen derartigen räumlichen Zusammenhang gebracht ist, daß seine Bedeutung als Datum der unterschriebenen Erklärung daraus ersichtlich wird. Damit genügt es aber auch in formaler Beziehung den Anforderungen des Gesetzes, welches zwar die Rechtsgültigkeit des eigenhändigen Testaments von dem Vorhandensein einer sich auf die letztwillige Erklärung beziehenden Datierung abhängig gemacht, nicht aber auch das Datum selbst unter weitere einengende Formvorschriften, als die der eigenhändigen Aufzeichnung durch den Erblasser gestellt hat. **RG. 52** 281, JW. **02** Beil. 286, SeuffA. **58** 281, DJZ. **03** 55; vgl. auch JDR. **1** zu § 2231 Ziff. 2 und 4 Abs. 2; **RG. 50** 166, JW. **01** 814 und 39, auch SeuffA. **58** 25.

c) Die Angabe des Ortes muß den Ort der Errichtung des Testaments bezeichnen. OLG. 5 349 (KG.), vgl. über die Judikatur, insbesondere des **RG.** JDR. **1** zu § 2231 Ziff. 8.

d) Über das Verhältnis des Zeitdatums zur Geschäftsfähigkeit s. Breit, Geschäftsfähigkeit 287 f.

2. Da das Gesetz weitere Formvorschriften als die im § 2231 Nr. 2 genannten nicht aufstellt, so muß es für zulässig erachtet werden, ein Testament in Briefform zu errichten, wie auch in der Literatur, soweit ersichtlich, allgemein angenommen wird; Brock, Eigenhänd. Testament 88; Meischeider, Letztwill. Verfügungen 73 § 20; Planck Anm. 2 f. zu § 2231 V 439; Weißler, Nachlaßverfahren 158; SeuffA. **58** 465, KGJ. **26** A 199 (KG.).

3. Francke, ThürBl. **50** 161 ff.: Das Datum kann am Ende oder am Anfang stehen, für sich allein oder in den Text eines Satzes verwebt sein.

Zur Unterschrift genügt Ausschreibung des Familiennamens. Was unter oder hinter der Unterschrift steht, wird durch sie nicht gedeckt und ist somit ungültig.

Ist das eigenhändige Testament in mehreren Exemplaren errichtet, so liegt in der Vernichtung eines von mehreren Exemplaren noch kein Widerruf; anders ist es, wenn die Vernichtung des Hauptexemplars erfolgte und die anderen Urkunden sich nur als Abschriften der vernichteten darstellen.

4. Ein des Schreibens und Lesens der Blindenschrift fähiger Erblasser

kann in Blindenschrift ein eigenhändiges Testament errichten. Strohal, Erbrecht 104 Anm. 2; vgl. Wilke, Erbrecht 230.

5. Will der Testator zu dem Testament nachträglich Zusätze oder Abänderungen machen, so kann er dies entweder im Testamente selbst, soweit sie dort durch Datum und Unterschrift gedeckt werden (Planck a. a. O. Abs. 3; Staudinger a. a. O. Abs. 1), oder es bedarf einer neuen Testamentsform, also neuer Datierung und Unterschrift und selbstverständlich eigenhändiger Schrift. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so hat die Schriftform allein keine größere Bedeutung, als ein mündlich geäußerter abändernder Wille. OLG. **7** 362 (KG.); vgl. dazu JDR. **1** zu § 2231 Ziff. 6.

§ 2232. 1. Brettner, CBlFrG. **3** 382, sieht die Vorzüge des öffentlichen Testaments vor dem Privattestament in dreifacher Hinsicht:

a) Es sei eine öffentliche Urkunde und habe jeden prozessual- und materiell-rechtlichen Wert, den die Reichs- oder Landesgesetze mit einer solchen Urkunde verbinden.

b) Es solle dem Grundbuchrichter zum Nachweise der Erbfolge genügen und die Beibringung eines Erbscheins überflüssig machen.

c) Es sei die sicherste Form zur Feststellung und Festlegung des letzten Willens und schließe insbesondere alle möglichen Gefahren so gut wie ganz aus, vor allen den zufälligen Untergang, jede Unterdrückung, Unterschiebung, Fälschung, ungehörige Einwirkung Dritter.

2. Die Haftung des bei der Testamentserrichtung amtierenden Richters oder Notars ist auch gegenüber denjenigen Personen anzunehmen, welchen, infolge der durch Formmangel bedingten Nichtigkeit des Testaments, eine Zuwendung entgeht, die ihnen sonst zuteil geworden wäre. Strohal, Erbrecht 103. Ebenso Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2232.

§ 2234. Von der Mitwirkung bei der Testamentserrichtung ist der Verlobte des Erblassers nicht ausgeschlossen. Strohal, Erbrecht 94 Anm. 1.

§ 2235. Auf die Aussetzung eines Äquivalents an den im Testament ernannten Testamentsvollstrecker findet die Vorschrift nur Anwendung, wenn das Äquivalent das übliche Honorar übersteigt und insoweit als Vermächtnis betrachtet werden muß. — Das Vermächtnis ist nichtig, die Ernennung zum Testamentsvollstrecker bleibt von Bestand. Matthiaß II 410 Anm. 1; Tränkner, SächsA. **7** 348 (vgl. auch Jastrow, FormBuch I 185 § 2235 Anm. 3b).

§ 2237. Die Beobachtung der Vorschriften des § 2237 ist für die Gültigkeit des Testaments nicht entscheidend. Strohal, Erbrecht 94.

§ 2238. Personen, welche infolge vorgeschrittenen Augenleidens nicht mehr lesen können, stehen in betreff der Testamentserrichtung Personen gleich, welche das Lesen niemals gelernt haben. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1075.

§ 2241. Das Testament ist gültig, auch wenn Ort und Datum der Verhandlung unrichtig angegeben sind. Strohal, Erbrecht 98 Anm. 35. Anders JDR. **1** zu § 2241.

§ 2242. 1. Die Vorschrift des § 2242 ist, wie die Fassung des Gesetzes ergibt, zwingend, so daß die Nichtbeobachtung das Testament nichtig macht (§ 125). Daraus ergibt sich, daß die Tatsache, daß das Protokoll vorgelesen, genehmigt und eigenhändig unterzeichnet ist, nicht durch anderweite, außerhalb der Urkunde liegende Beweismittel erbracht werden kann. Enthält also das Testament zwar die Beurkundung, daß das Testament vorgelesen und von dem Testator unterschrieben ist, fehlt aber die Beurkundung, daß es auch vom Erblasser genehmigt ist, so ist es nichtig, und es bleibt unerheblich, ob es sich etwa nur um eine lediglich auf einem Versehen beruhende Auslassung handelt. OLG. **6** 314 (KG.); vgl. zu 2.

2. Das Erfordernis der „Mündlichkeit" der Erklärung (§ 2238) bezieht sich nicht auf die Genehmigung des Protokolls. Diese kann eventuell durch Kopfnicken erfolgen, wenngleich zu empfehlen ist, daß sie mündlich geschieht. Jastrow, FormBuch I 192 § 2242 Anm. 2.

3. a) Es muß im Protokolle festgestellt werden, daß die Orts= und Zeitangabe vorgelesen und genehmigt ist. SeuffA. 58 108 und wie in JDR. 1 zu § 2242 Ziff. 3c zitiert.

b) Der Vermerk „v. g u." enthält die im § 2242 Abs. 1 Satz 2 geforderte Feststellung. OLG. 6 20 (KG.); vgl. hierzu JDR. 1 zu § 2242 zu 3 b.

4. Jastrow, FormBuch II 232 Muster 147 Anm. 10 weist darauf hin, daß die amtlichen preußischen Formulare für Testamentserrichtung in den Worten: „Das Protokoll ist dem Erschienenen vorgelesen" einen Verstoß gegen das Reichsrecht enthalten, da die Vorlesung nicht nur für den Erschienenen, sondern auch für die mitwirkenden Nebenpersonen (Gerichtsschreiber, Zeugen) zu erfolgen hat.

5. Der Vermerk, daß der Erblasser nicht schreiben kann, braucht nicht vorgelesen und genehmigt zu werden. Der Gedanke des Gesetzgebers muß vielmehr dahin verstanden werden, daß an die Stelle der Unterschrift des Erblassers, welcher nicht schreiben zu können erklärt, die gerichtliche Beurteilung, daß dem so sei, tritt, und zwar in der Weise, daß die Erklärung, nicht schreiben zu können, ebenso wie die Unterschrift lediglich durch die Vollziehung des Protokolls seitens der Gerichtspersonen gedeckt wird. OLG. 7 138 (KG.).

6. Abs. 2. Ist das Testament nichtig, wenn der Urkundsbeamte nicht die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, sondern die Tatsache der Schreibensunfähigkeit selbst in dem Protokolle festgestellt hat?

Bejaht von KGJ. 26 A 42: Die Bemerkung in einem vor Gericht errichteten, von dem Erblasser nicht unterschriebenen Testamente: „Der Erblasser kann nicht schreiben" ersetzt nicht die vorgeschriebene Feststellung der Erklärung des Erblassers im Protokolle, daß er nicht schreiben kann. Ein solches Testament ist deshalb nichtig.

Verneint von Schwarz, R. 03 572: Es müßte dies zu dem merkwürdigen Ergebnisse führen, daß ein Testament, in dem die bloße Erklärung des Erblassers, er könne nicht schreiben, festgestellt ist, auch dann rechtsgültig ist, wenn diese Erklärung bewußt wahrheitswidrig war, daß dagegen einem anderen Testamente die Rechtsgültigkeit abzusprechen wäre, in dem der Richter der Wirklichkeit entsprechend die Tatsache der Schreibensunfähigkeit selbst festgestellt hat.

7. Die Unterschrift unter einem Testamente deckt nur das über ihr, nicht das neben oder unter ihr Stehende. OLG. 7 363 (KG.). Vgl. JDR. 1 zu § 2231 Ziff. 4 Abs. 4.

8. Für den Fall, daß der Erblasser nach der Unterzeichnung seinerseits, aber vor der Unterzeichnung durch die mitwirkenden Personen stirbt, empfiehlt Jastrow (I 196 Anm. 9) das Protokoll durch Unterschrift abzuschließen, den Sachverhalt darunter zu bemerken, das Testament auch einzusiegeln und zur Verwahrung zu bringen und das weitere den Interessenten zu überlassen.

§ 2244. Der Dolmetscher gehört nicht zu den mitwirkenden Personen. Es empfiehlt sich zwar, mit Rücksicht auf bestehende Zweifel, ihn zu der ganzen Verhandlung zuzuziehen. Gesetzlich aber braucht er nur insoweit zugegen zu sein, als der Zweck seiner Mitwirkung seine Gegenwart erfordert. Jastrow I 196 § 2244 Anm. 4.

Beim Verfahren nach § 2244 wird das Protokoll in deutscher Sprache und außerdem die Übersetzung vorgelesen. Welche der beiden Vorlesungen zuerst erfolgt, ist gleichgültig.

Die Genehmigung des Erblassers muß dahin gehen, daß er (wenn auch auf Grund der mitgeteilten Übersetzung) das Protokoll (nicht die Übersetzung) genehmige. Jastrow a. a. O. Anm. 15 (198).

§ 2245. 1. Gegenstand der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung ist im Falle des § 2245 nur das fremdsprachige Protokoll, nicht die deutsche Übersetzung. Jastrow a. a. O. § 2245 Anm. 9 (199).

2. Der Gebrauch sakramentaler Worte ist für die Abgabe der im § 2245 bezeichneten Erklärungen und Versicherungen nicht vorgeschrieben. Dieselben können abgegeben werden wie jede andere Erklärung. Es genügt, wenn ihre Abgabe zweifellos erfolgt ist und wenn in dieser Beziehung eine Feststellung im Protokolle getroffen wird. Deshalb ist die Vorschrift des § 2245 gewahrt, wenn zwar aus dem Inhalte des Protokolls nicht erhellt, worauf die darin enthaltene Feststellung bezüglich der Nichtkenntnis der deutschen Sprache seitens des Erblassers und bezüglich der Kenntnis der fremden Sprache seitens der mitwirkenden Personen beruht und ob diesen Angaben insbesondere eine Erklärung der betreffenden Personen zugrunde gelegen hat, wenn aber doch angenommen werden muß, daß die Feststellung so, wie sie getroffen ist, der von dem Erblasser abgegebenen Erklärung und der Versicherung der Zeugen entsprochen habe. Die im Schlußsatze des Protokolls beurkundete Genehmigung des Protokollinhalts seitens der Erschienenen reicht hin, um diese Annahme zu rechtfertigen, weil anderenfalls die auch auf diesen Punkt sich erstreckende Genehmigung seitens der Erschienenen — wozu auch die mitwirkenden Personen zu rechnen sind — nicht würde haben erteilt werden können. **RG.** JW. **03** Beil. 30, R. **03** 81.

§ 2246. Der Meinung von Werner und Kroschel (Preuß. Notariat 116 Anm. 3) und einem Beschlusse der Notare zu Frankfurt a. M. (DNotVZ. **03** 116), wonach es gestattet sein soll, das Testament auf Verlangen des Erblassers diesem zur Verwahrung auszuhändigen, tritt Jastrow a. a. O. 200 § 2246 Anm. 3 und 430 Nr. 11 als mit § 2246 unvereinbar entgegen, und weist darauf hin, daß eine Herausgabe an den Erblasser gewärtigen könne, als Rückgabe nach § 2256 gedeutet zu werden und damit zur Unwirksamkeit des ganzen Testaments zu führen.

Ebenda wird auch dem Rate von Dorst, Die notarielle Urkunde 147, 160, der Erblasser solle, um die amtliche Verwahrung zu vermeiden, statt eines Testaments einen Erbvertrag mit einer beliebigen Person unter Rücktrittsvorbehalt errichten, und alsdann die Verschließung sich verbitten (§ 2277), entgegengetreten unter Hinweis darauf, daß der Rücktritt ein verzögerliches Verfahren, unter Umständen sogar eine öffentliche Zustellung erfordere und daß bis zur Erfüllung dieser Formalitäten der Erblasser behindert sei, anderweit zu verfügen.

Für die Gebiete, in welchen die Notare zwar zur Errichtung, aber nicht zur Aufbewahrung der Testamente zuständig sind, weist Jastrow a. a. O. 202 Anm. 10 auf die mehrfach vorgekommenen Fälle hin, in denen die durch die Post an das Gericht eingelieferten Testamente beim Aufschneiden des Briefumschlags irrigerweise mit eröffnet worden sind, und empfiehlt eine vorsorgliche Rücksicht hierauf bei der Verpackung, insbesondere durch die Aufschrift: „Inliegend ein Testament".

§ 2247. Vgl. o. zu § 2238.

§ 2249. 1. Der preußische Minister des Innern hat am 10. November 1902 eine Verfügung erlassen, in welcher er darauf hinweist, daß die Nottestamente gegenüber den landrechtlichen Dorftestamenten eine auffallende Zunahme aufweisen, ein nicht unerheblicher Teil aber sich als nichtig herausgestellt habe, weil entweder eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften vorlag, oder die für die Wirksamkeit der Nottestamente bestimmte dreimonatige Ausschlußpflicht abgelaufen

war. Zur Abstellung oder doch möglichsten Einschränkung der erwähnten — eine ernste Gefährdung der Rechtssicherheit in sich schließenden Übelstände — wird die genaue Beachtung der Anweisung vom 23. Juni 1900 nachdrücklich eingeschärft und dabei auf folgende Punkte besonders aufmerksam gemacht:

a) daß die Gemeinde-(Guts-)Vorsteher — abgesehen von dem Falle des § 2240 — nur dann sich der Aufnahme eines Testaments unterziehen dürfen, wenn sie bei gewissenhafter Prüfung die Besorgnis für begründet halten, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor dem Richter oder einem Notar möglich sein würde (§ 1 Nr. 1 der Anweisung),

b) daß sich die örtliche Zuständigkeit des Vorstehers auf den Gemeinde-(Guts-)Bezirk beschränkt (ebenda § 1 a. a. O.) und

c) daß der Vorsteher den Erblasser über die zeitliche Beschränkung der Gültigkeit des Nottestaments nach § 2252 Abs. 1, 2 zu belehren hat (§ 15 a. a. O.).

Die DNotV3. **03** 81 bemerkt hierzu: Es ist durchaus richtig, daß die gerügten Übelstände die Rechtssicherheit ernstlich gefährden. Aber sie werden durch eine solche Verfügung nicht aus der Welt geschafft. Von Dorfschulzen kann nicht erwartet werden, daß sie bei Vornahme jedes Amtsgeschäfts die dafür vorhandenen Instruktionen durchstudieren und genau befolgen; es fehlt ihnen auch das Bewußtsein dafür, wieviel davon abhängt. Und wenn schon die Form so vernachlässigt wird, wie mag es erst mit dem Inhalt aussehen? Soll etwa auch das fünfte Buch des BGB. den Dorfschulzen durch Instruktion bekannt gemacht werden?

2. Die Bestimmung im § 2249 Abs. 2, wonach die Besorgnis, daß die Errichtung des Testaments vor einem Richter oder Notar nicht mehr möglich sein werde, im Protokolle festgestellt werden muß, ist allerdings zwingender Natur. Der Gebrauch bestimmter Worte ist aber für diese Feststellung nicht vorgeschrieben. Es reicht aus, wenn nur überhaupt aus dem Protokollinhalte diese Feststellung mit Zuverlässigkeit zu entnehmen ist. Dabei ist es schlechthin unwesentlich, ob die Besorgnis objektiv begründet war. **RG.** JW. **03** Beil. 64, Gruchots Beitr. **47** 983.

3. Der Gemeindevorsteher, vor dem nach § 2249 ein Testament errichtet wird, ist Beamter im Sinne des § 839. Die Nichtbeobachtung einer Formvorschrift des § 2242, welche auf eine bei dem Laien verständliche, unrichtige Auslegung der Gesetzesstelle zurückzuführen ist, kann dem Beamten nicht als Fahrlässigkeit angerechnet werden. OLG. Jena, ThürBl. **50** 285 ff., R. **03** 209.

§ 2253. Abs. 2. Ein Testament positiven Inhalts, das vom Erblasser noch vor der Entmündigung widerrufen worden ist, kann von dem Erblasser während der Dauer der Entmündigung nicht durch Widerruf des Widerrufs wirksam gemacht werden. Strohal, Erbr. 310 Anm. 3.

Anderer Ansicht Cosack I § 358 (I Ziff. 1) und Planck-Ritgen, Erl. 4 zu § 2253.

§ 2256. 1. Der Widerrufseffekt tritt keinesfalls vor dem Zeitpunkt ein, in welchem der Erblasser das Testament persönlich zurückerlangt hat. Strohal, Erbr. 315. Im Ergebnis ebenso Planck-Ritgen, Erl. 2 zu § 2256.

Erfolgt die Rückgabe der Urkunde an den Erblasser ohne dessen Verlangen, so gilt das Testament als nicht widerrufen. Strohal, Erbr. 315.

Der Widerrufseffekt tritt nicht ein, wenn dem Erblasser in dem Zeitpunkte der Rückgabe der Urkunde die Widerrufsfähigkeit fehlt. Fällt mit dem letzteren das Verlangen der Rückgabe nicht zusammen, so wird der Eintritt des Widerrufseffekts auch dann schon zu leugnen sein, wenn dem Erblasser die Widerrufsfähigkeit zur Zeit der Stellung des Verlangens der Rückgabe fehlte. Strohal,

Erbr. 316. Anderer Ansicht Matthiaß II § 133. Vgl. Planck-Ritgen, Erl. 2 zu § 2256.

Beruht das vom Erblasser gestellte Verlangen auf Rückgabe auf wesentlichem Irrtum, oder ist es durch Irrtum im Beweggrund oder widerrechtliche Drohung bestimmt worden, so ist der fingierte Widerruf nach § 2078 anfechtbar. — Ein mit einem Willensmangel behaftetes Verlangen liegt dann nicht mehr vor, wenn sich das Verlangen bei der Rückgabe frei von einem solchen Willensmangel erneut. Strohal, Erbr. 317.

Entspricht eine vom Erblasser dem Richter, Notar oder Gemeindevorsteher nach § 2238 (vgl. auch § 2249) übergebene Schrift den von dem Gesetz an das eigenhändige Testament gestellten Anforderungen, so ist anzunehmen, daß die Verfügung infolge der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nur den Charakter eines öffentlichen Testaments einbüßt und somit als eigenhändiges fortbesteht. — Ein solches Testament, das schon vor der Erfüllung der im §§ 2238, 2249 vorgeschriebenen Solennitäten Bestand hatte, gilt infolge der vom Erblasser auf sein Verlangen erlangten Rückgabe nicht als widerrufen. Strohal, Erbr. (3) 317 im Gegensatze zu (1) 55. Anders Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 600 ff.; Planck-Ritgen, Erl. 5 zu § 2256; (vgl. auch Erl. III zu § 2231).

2. Wird die Rückgabe eines Testaments verlangt, bevor es in eine „besondere" amtliche Verwahrung gebracht ist, so kann es vom Richter oder Notar ohne vorherige „besondere" amtliche Verwahrung zurückgegeben werden. Doch ist das Verfahren, da seine Zulässigkeit bestritten ist, nicht anzuraten. Jastrow I 204 § 2256 Anm. 2.

§ 2259. 1. SeuffA. 58 465 (KG.): Bloße Zweifel oder sonstige Bedenken, ob eine gemäß § 2259 abgelieferte Urkunde ein gültiges Testament sei, berechtigen das Nachlaßgericht nicht, die Entgegennahme oder Eröffnung abzulehnen.

2. Über die Frage, ob ein von einem Notar abgeliefertes Testament nach der Veröffentlichung diesem auf Verlangen wieder zurückzugeben ist, s. **RG. 53** 390 ff. u. Ziff. 2 zu § 1300.

§ 2260. 1. Das Nachlaßgericht ist nicht berufen, wenn Umstände vorliegen, die gegen die Rechtswirksamkeit des Testaments sprechen, den nach dem Inhalte des Testaments Beteiligten die Geltendmachung seiner Rechtswirksamkeit dadurch abzuschneiden, daß es ihnen die Kenntnis des Testaments vorenthält. So wenig der Erblasser die Eröffnung des Testaments und die Verständigung der nach dem Inhalte des Testaments Beteiligten verbieten kann, ebensowenig räumt das BGB. dem Erben das Recht ein, die Unterlassung der Verständigung der Beteiligten deswegen zu verlangen, weil er, falls sie verständigt werden, unnütze Weiterungen und Unannehmlichkeiten befürchtet. BayrObLG. **4** 147, R. **03** 156.

2. von der Pfordten, SeuffBl. **68** 509 ff., führt aus, daß für den Nachlaßrichter kein Anlaß besteht, nach Eröffnung einer letztwilligen Verfügung eine Erklärung der Beteiligten, insbesondere der gesetzlichen Erben, über die „Anerkennung" herbeizuführen. Er verurteilt vor allem die Gepflogenheit mancher Nachlaßgerichte, bei Anerkennung einer Verfügung über deren Mängel (in der Form oder in der Geschäftsfähigkeit des Erblassers) hinwegzusehen und so vorzugehen, als sei wirklich testamentarische Erbfolge eingetreten. Er erläutert ferner an der Hand von Beispielen, daß das Bestreben, die Anerkennung durch alle irgendwie Beteiligten zu sichern, zur Hereinziehung überflüssiger Verhandlungen in die Nachlaßbehandlung (insbesondere in das Erbscheinsverfahren) führt und durch § 2360 nicht gerechtfertigt wird. Der Aufsatz hat zunächst die bayerischen Verhältnisse im Auge.

3. Es bedarf einer Verkündung des eröffneten Testaments, auch wenn Beteiligte nicht erschienen sind. SeuffA. **58** 285 (KG.), OLG. **6** 179. KGJ. **25** A 117.

Dagegen Dennler, BayrNotZ. **03** 97. Die Verkündung einer Verfügung von Todes wegen hat nur bei Anwesenheit von Beteiligten zu erfolgen.

Die gegenteilige Ansicht des KG. ist nicht richtig: das ergibt einmal schon der Wortsinn des Gesetzes, der seiner ganzen Fassung nach nur die anwesenden Beteiligten meinen kann, da in engsten Zusammenhang mit dem Verkünden des Testaments das Vorlegen desselben gebracht ist; diesem Wortlaute des Gesetzes gegenüber kann der anderweitige Text des Entwurfs nicht in Betracht kommen; auch aus den Bestimmungen über den Beginn der Ausschlagungsfrist kann nichts Gegenteiliges gefolgert werden; denn dieser Fristbeginn muß nicht von der Verkündung an laufen, er kann es nur; außerdem läuft er von dem Zeitpunkt an, wo der Erbe vom Anfall und Grunde der Berufung Kenntnis erlangt hat.

Würde die Frist nur von der Verkündung ab laufen, so würde sie bei der Vorlegung des Testaments überhaupt nicht beginnen, da in diesem Falle ja keine Verkündung stattfindet.

4. Das Protokoll über die Eröffnung eines Testaments unterliegt nicht den §§ 168 ff. FrGG. Jastrow II 270 Muster 164.

5. Jastrow, FormB. II 257 Muster 159 und 159a erörtert die Unterschiede zwischen der Einsetzung einer Nacherbschaft auf den Überrest und einer Anordnung nach § 2269 mit Vorschlägen für die praktische Gestaltung der betreffenden Testamente je nach den Umständen des Falles.

§ 2262. Der Erblasser kann nicht verbieten, daß die Beteiligten vom Inhalte des Testaments in Kenntnis gesetzt werden. SeuffA. **58** 325 (Dresden).

§ 2264. 1. Die Bestimmung des § 2264 kann als eine vollständige und erschöpfende in dem Sinne nicht gelten, daß sie bei Erbverträgen überhaupt nicht zur Anwendung zu kommen habe. RG. JW. **03** Beil. 37.

2. Jastrow, DNotVZ. **03** 450 führt, aus, daß es zulässig ist, beglaubigte Abschriften auch als photographische Abbilde herzustellen, und hält dieses Verfahren, besonders beim eigenhändigen Testamente für empfehlenswert, damit im Verkehr die erforderliche Prüfung der Echtheit des Testaments ermöglicht werde.

Achter Titel.
Gemeinschaftliches Testament.

Literatur: Götte, Ist der stillschweigende Ausschluß der gesetzlichen fortgesetzten Gütergemeinschaft durch wechselseitiges Testament möglich? DJZ. **03** 52.

§ 2267. 1. Ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament von Ehegatten ist nichtig, wenn dasselbe zwar von dem einen Gatten eigenhändig geschrieben, aber nicht durch Unterschrift vollzogen ist, darauf die Erklärung des anderen Gatten folgt, daß er das Testament als das seinige anerkenne und hieran sich eine Erklärung wiederum des ersten Gatten anschließt, daß das Testament auch als sein Wille gelten solle. Es muß vielmehr das eigenhändige Testament des einen Ehegatten von diesem bereits durch Unterschrift vollzogen sein, bevor die Genehmigungserklärung des anderen Ehegatten abgegeben wird. KGJ. **26** A 44 (KG.).

2. Satz 2. Das Datum braucht nach Ort und Zeit mit dem Datum des Testaments nicht übereinzustimmen; im Falle der Abweichung muß das Datum der Beifügung ein späteres als das Zeitdatum des Testaments sein. Strohal, Erbr. 322 Anm. 13. Ebenso Endemann III § 27 Anm. 27 und Mantey, R. **01** 430. Vgl. JDR. **1** zu § 2267 Ziff. 2. Für Übereinstimmung

des Ortes und Zeitdatums: Jastrow I 207 § 2267 Anm. 3; Hölder, Iherings J. **41** 324; Eichhorn, DNotVZ. **01** 248.

Die Angabe des Datums durch jeden der beiden Ehegatten ist unter allen Umständen erforderlich. Strohal (3) 322 Anm. 15 im Gegensatze zur 2. Aufl. 179 Anm. 4. Ebenso Planck-Ritgen, Erl. 2b zu § 2267. A. A. Peiser 333 und die daselbst Anm. 3 Genannten.

§ 2269. Wird die letztwillige Verfügung nach Maßgabe des § 2269 Abs. 1 ausgelegt, so ist der überlebende Ehegatte als alleiniger Erbe des zuerst verstorbenen über den Nachlaß frei zu verfügen berechtigt, und die gemeinsam berufenen Dritten erlangen den Nachlaß erst beim Tode des Letztlebenden als dessen Erben, und zwar soweit er dann noch vorhanden ist (Planck § 2269 Anm. 2). Der Überlebende darf allerdings, wenn er die Erbschaft aus dem Testament angenommen hat, gemäß § 2271 Abs. 2 die Erbeseinsetzung nicht widerrufen, sofern nicht das Testament etwas anderes bestimmt. KGJ. **26** A 54 (KG.).

Die Folge der neuen Bestimmung des BGB. ist, daß der im Testamente benannte Dritte sein Recht auf Nachlaß des Erstverstorbenen weder weiter vererben noch veräußern kann; daß dagegen der überlebende Ehegatte über den ihm zugefallenen Nachlaß frei verfügen darf. Macht ein Kind sein Pflichtteilsrecht geltend, so kann es sich auf das angefochtene Testament nicht mehr zu seinen Gunsten berufen, um später den überlebenden Elternteil zu beerben; dies stände in Widerspruch mit dem vermutlichen Willen der Testatoren.

Anders liegt der Fall bei dem sog. Berliner Testament, wonach die Kinder mit dem überlebenden Ehegatten zusammen Erben des verstorbenen werden sollen, und zwar der überlebende Ehegatte Vorerbe, das Kind Nacherbe. Will man die erheblichen Verfügungsbeschränkungen und die Schwierigkeiten für den überlebenden Ehegatten, den Nachlaß von seinem übrigen Vermögen zu sondern, vermieden wissen, so muß der überlebende Teil als Alleinerbe und müssen die Kinder als ausschließliche Erben des Letztsterbenden bezeichnet werden. Dabei müßten die Kinder bei Ausübung des Pflichtteilsrechts von der übrigen Erbschaft ausgeschlossen werden. Bericht über einen Vortrag Goldmanns, R. **03** 521; vgl. IDR. **1** zu § 2269 Ziff. 1.

Über Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments zur Entscheidung der Frage, ob Nacherbe oder Ersatzerbe, vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 985.

§ 2271. 1. Nur die Erklärung des Widerrufenden bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; die Übermittelung dieser Erklärung an den anderen Ehegatten kann im allgemeinen auch formlos geschehen. Strohal, Erbr. 333 Anm. 11.

Der nicht gemeinschaftliche und in diesem Sinne einseitige Widerruf einer korrespektiven Verfügung bei Lebzeiten beider Ehegatten kann nur nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 stattfinden. Strohal, Erbr. 334 unter Aufgabe seines in der 2. Aufl. 185 ff. vertretenen und von Loewenwald, Märker, Wilke, Matthiaß, Eichhorn und Lehmann aufgenommenen Standpunkts, daß ein Ehegatte mit Zustimmung des anderen eine korrespektive Verfügung durch neue Verfügung von Todes wegen aufheben könne. — Ebenso Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 606 und Planck-Ritgen, Erl. IIb zu § 2271; vgl. hierzu IDR. **1** zu § 2271 Ziff. 1.

2. Abs. 2. a) Im Falle der Annahme des ihm Zugewendeten ist der Überlebende an seine korrespektive Verfügung so gebunden, wie ein durch Erbvertrag gebundener Erblasser, er wird jedoch seine unwiderruflich gewordene korrespektive Verfügung bei Vorhandensein eines der Anfechtungsgründe der §§ 2078, 2079 grundsätzlich nach den für die Anfechtung von Erbverträgen geltenden Vorschriften

des § 2281 Abs. 2 anfechten können. — Macht der überlebende Gatte von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch, so erweist sich auch die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen Gatten als unwirksam. Strohal, Erbr. 337, 338; vgl. auch Planck-Ritgen, Erl. IV 3 d zu § 2271.

Das Gesetz trifft keine Entscheidung für den Fall, daß der überlebende Ehegatte, nachdem er in formgerechter Weise die Aufhebung seiner korrespektiven Verfügung ausgesprochen, jedoch noch bevor er sich über die Annahme oder Ausschlagung der ihm gemachten Zuwendung entschieden hat, stirbt. — Ist die vom Überlebenden errichtete und später aufgehobene Verfügung keine Erbeinsetzung, so muß die Aufhebungsanordnung als wirksam anzusehen sein, wenn der Erbe des überlebenden Gatten, auf welchen nach § 1952 Abs. 1 bzw. § 2180 Abs. 3 das Ausschlagungsrecht übergegangen ist, die Zuwendung des vorverstorbenen Gatten ausschlägt. — Ist die korrespektive Verfügung eine Erbeinsetzung, so dürfte sie mit der Folgewirkung als aufgehoben gelten, daß auch die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten in sich zusammenfällt. Strohal, Erbr. 338 ff.

Wilke 246 und Planck-Ritgen, Erl. III und IV zu 1a zu § 2271, gelangen zu dem Ergebnisse, daß die Aufhebungsverfügung des Überlebenden die Aufhebung der früheren korrespektiven Verfügung nur dann bewirke, wenn die Ausschlagung der von dem vorverstorbenen Gatten gemachten Zuwendung durch den Überlebenden selbst erfolgt.

Hatte der Vorverstorbene seine korrespektive Verfügung zugunsten eines Dritten getroffen, so ist der Ausschlagung durch den Dritten dieselbe Bedeutung, die nach § 2271 Abs. 2 der Ausschlagung der dem Überlebenden gemachten Zuwendung zukommt, nicht beizumessen. Strohal, Erbr. 340, 341.

Hellwig, Verträge 648, 649, entscheidet grundsätzlich für die Aufhebungsmöglichkeit durch Ausschlagung des Dritten; vgl. auch Planck-Ritgen, Erl. IV 1b zu § 2271.

b) Hat der vorverstorbene Gatte durch korrespektive Verfügung sowohl den Überlebenden als einen Dritten bedacht, so kann der Überlebende sich die Möglichkeit zur Aufhebung seiner korrespektiven Verfügung dadurch sichern, daß er die ihnen gemachte Zuwendung ausschlägt, wenn die Zuwendung an den Dritten im Verhältnisse zu der ihm gemachten von nebensächlichem Belang ist. An die Ausschlagung des dem überlebenden Gatten Zugewendeten knüpft sich die doppelte Folge, daß dieser nunmehr seine korrespektive Verfügung aufheben kann und daß die vom Vorverstorbenen zugunsten des Dritten getroffene Verfügung nach rückwärts hin als unwirksam zu behandeln ist, wenn sich beim Tode des Überlebenden herausstellt, daß dieser seine korrespektive Verfügung in der Tat aufgehoben hat. Strohal, Erbr. 341, 342.

Wesentlich anders Planck-Ritgen, Erl. IV 1b a. E. zu § 2271, welcher in allen Fällen, in denen neben dem Dritten auch der überlebende Gatte durch korrespektive Verfügung bedacht ist, gleichmäßig entscheidet, daß die Verfügung des Vorverstorbenen zugunsten des Dritten als unwirksam zu behandeln ist, wenn der Überlebende das ihm Zugewendete ausgeschlagen und wenn er seine korrespektive Verfügung aufgehoben hat.

Um seine korrespektive Verfügung wirksam aufheben zu können, muß der überlebende Ehegatte auch die gesetzliche Erbfolge ausschlagen, wenn der gesetzliche Erbteil demjenigen gleichkommt, wozu er durch die korrespektive Verfügung als Erbe berufen war. — Zielte die korrespektive Anordnung gerade darauf ab, dem Überlebenden durch die Erbeinsetzung sehr viel mehr zuzuwenden, als er als gesetzlicher Erbe erhalten würde, so kann ihm das gesetzliche Erbrecht belassen werden. Strohal, Erbr. 342, 343.

§ 2273. 1. Sonderungsfähige Verfügungen des überlebenden Ehegatten sind nur diejenigen, welche ihrer äußeren Form nach ausschließlich von ihm herrühren. Alle äußerlich gemeinschaftlichen sind beim Tode des vorverstorbenen zu eröffnen, selbst wenn sie gemäß § 2269 nur den Nachlaß des überlebenden betreffen. Gemeinschaftliche Anordnungen werden dadurch nicht zu einseitigen des überlebenden, daß dieser sie beliebig abändern kann. Alle Verfügungen, welche verkündet sind, müssen den nicht anwesenden Beteiligten gemäß § 2262 bekannt gegeben werden. Dies hat schon beim Tode des vorverstorbenen Ehegatten selbst hinsichtlich der Anordnungen zu geschehen, welche der überlebende widerrufen kann oder die aus anderen Gründen später in Wegfall kommen können. Meyer, HansGerZ. Beibl. **03** 8; vgl. hierzu JDR. **1** zu § 2273 Ziff. 1 und 2.

2. Die Wiedereinschließung des gemeinschaftlichen Testaments hat in Gegenwart des überlebenden Teiles zu erfolgen. Sie kann unterbleiben, wenn der Überlebende sich mit der Offenbarung seiner Verfügungen einverstanden erklärt.

War das Testament privatim aufbewahrt, so wird es dem Einlieferer zurückgegeben. Jastrow, Form.Buch II 273 Muster 165 Anm. 4.

3. In JDR. **1** zu § 2273 Nr. 5 soll es heißen: Körner, R. **01** 947; ebenso Drewes, DJZ. **01** 231; dagegen Grimm, das. 553.

Vierter Abschnitt.

Erbvertrag.

Literatur: Sauer, Testamente u. Erbverträge in Bayern. München, J. Schweitzer Verl. 1903. — Schäfer, Kann ein vor 1900 geschlossener Erbvertrag von dem Erblasser nach Maßgabe von §§ 2281 ff. BGB. angefochten werden? R. **03** 29—33.

§ 2275. 1. Abs. 1. Der von einem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblasser geschlossene Erbvertrag ist als nichtig zu behandeln. Strohal, Erbrecht 351 Anm. 9. Vgl. Hellwig 601 Anm. 232.

2. Abs. 2 u. 3. Hellwig 642 Anm. 327 neigt der Ansicht zu, daß ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigter Ehegatte oder Verlobter infolge seiner durch § 2229 Abs. 3 ausgesprochenen Testierunfähigkeit auch schlechthin zu einer vertragsmäßigen Verfügung von Todes wegen unfähig sei. Strohal 351 verneint dies, verlangt sogar, sofern die Ehe oder das Verlöbnis zu Recht besteht, von dem Erblasser nicht einmal die Vollendung des 16. Lebensjahrs.

§ 2276. Das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile beim Erbvertrage gilt für die bloße Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 2275 Abs. 2) nicht. Jastrow I 210 § 2276 Anm. 2.

Der Erbvertrag kann dazu benutzt werden, um — in beschränkter Art — die Wirkungen der aufgehobenen Einkindschaft zu erzielen. Unter näherer Darlegung über die praktische Gestaltung ausgeführt bei Jastrow, Form.Buch II 282 Muster 170.

§ 2278. Die Bestimmung eines Ehe- und Erbvertrags, daß der Überlebende die eine Vermögenshälfte als Vater- oder Muttergut auszuzeigen hat, wogegen er Alleineigentümer alles übrigen Vermögens wird, enthält nicht seine Einsetzung als alleinigen Erben. OLG. **7** 356 (BayrObLG.).

§ 2281. 1. Ein Erbvertrag kann auch von dem dem Erblasser als lediglich annehmend gegenüberstehenden Teile angefochten werden. Strohal, Erbrecht 361 Anm. 6; anders Hellwig 638, 657; vgl. auch Planck-Ritgen, Erl. 1 zu § 2281.

Fällt, nachdem der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil rechtmäßig entzogen und über dessen Erbteil vertragmäßig verfügt hat, der Entziehungsgrund durch Verzeihung oder Besserung (vgl. §§ 2336 Abs. 4, 2337) nachträglich fort, so muß eine Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser nach § 2078 Abs. 2 als zulässig betrachtet werden. Strohal, Erb. 362 Anm. 8; Protokolle V 412, 413 und Planck-Ritgen, Erl. 2 b zu § 2281 erklären den Erblasser in einem solchen Falle nicht für anfechtungsberechtigt und billigen dem Pflichtteilsberechtigten lediglich den Pflichtteilsanspruch zu.

2. Ein vor 1900 geschlossener Erbvertrag kann nach dem Inkrafttreten des BGB. von dem Erblasser angefochten werden, sobald die Anfechtungsvoraussetzungen des BGB. erfüllt sind, ohne daß es darauf ankommt, ob auch nach dem früher maßgebenden Rechte eine solche Anfechtungsmöglichkeit gegeben war. Schäfer, R. **03** 29 ff.; a. A. Habicht, Die Wirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse 760 ff.

§ 2284. Es empfiehlt sich, die Bestätigung eines anfechtbaren Erbvertrags bei Lebzeiten des Gegenkontrahenten diesem gegenüber und nach dessen Tode dem zur Anfechtung Berechtigten gegenüber zu erklären. Jastrow, Form.Buch II 287, Muster 173.

§ 2290. Die Aufhebung des Erbvertrags kann in der Form des Ehevertrags erfolgen, wenn mit dem Aufhebungsvertrag ein Ehevertrag verbunden war. Ob mit dem ursprünglichen Vertrag ein Ehevertrag verbunden wird, ist gleichgültig. Jastrow a. a. O. 287, Muster 174.

§ 2292. Personen, die ein gemeinschaftliches Testament errichten können (§ 2265), können einen zwischen ihnen errichteten Erbvertrag, mag er auch vor Eingehung der Ehe geschlossen sein, durch gemeinschaftliches Testament aufheben. Der Wortlaut des § 2292 bereitet dieser der ratio legis entsprechenden Auslegung kein Hindernis. Strohal, Erbrecht 389 Anm. 19. Planck-Ritgen, Erl. 2 zu § 2292 und die dort Genannten verlangen, daß der durch gemeinschaftliches Testament der Ehegatten aufzuhebende Erbvertrag zu einer Zeit geschlossen sein müsse, zu der die Vertragschließenden bereits Ehegatten waren.

§ 2293. Die Frage der Berechtigung des Rücktrittsberechtigten zum Rücktritt kann, sofern die Voraussetzungen des § 256 ZPO. vorliegen, schon vor dem Erbfalle Gegenstand eines Feststellungsstreits sein. Strohal, Erbrecht 396 Anm. 37; vgl. auch Planck-Ritgen Vorbem. 2 zu §§ 2293 ff.

§ 2294. Vgl. zu § 2242.

§ 2295. Der Notar, der auf Aufforderung des Amtsgerichts das Testament persönlich abliefert, kann Reisekosten und Tagegelder nicht vom Gerichte, sondern nur von den Erben beanspruchen. OLG. **7** 261 (KG.); vgl. auch IDR. **1** zu § 2259 Ziff. 6.

§ 2298. 1. Was für den Fall der Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung bestimmt ist, gilt nicht ohne weiteres auch für den Fall der nachträglich (etwa durch den Tod des Bedachten vor dem Erblasser) eingetretenen Unwirksamkeit derselben. Im Falle der erfolgreichen Anfechtung (auch nach dem Tode des anderen Teiles) ist § 142 maßgebend. An eine solche Anfechtung knüpft sich nach rückwärts hin die Unwirksamkeit der Verfügung des anderen Teiles. Strohal, Erbrecht 403 Anm 3.

2. Abs. 2 Satz 3. Die Ausschlagung braucht sich nicht auf dasjenige zu erstrecken, was dem Überlebenden durch einseitige Verfügung von Todes wegen zugewendet ist. Strohal, Erbrecht 404 Anm. 7.

§ 2299. Eine in einem Erbvertrage getroffene einseitige Verfügung kann auch in einem in Form des Ehevertrags errichteten Ehe- und Erbvertrag aufgehoben werden, aber nur, wenn der Vertrag zwischen denselben Personen ge-

schlossen wird, welche die Kontrahenten des Erbvertrags waren. Jastrow, FormBuch I § 2299 Anm. 5 (219).

§ 2300. 1. Unter Bezug auf die Entscheidung des **RG. 48** 96, wonach auch diejenigen notariellen Erbverträge, deren Verschließung unterblieben ist, zur gerichtlichen Eröffnung abzuliefern sind, führt Jastrow (a. a. O. § 2300 Anm. 1 und 2) aus, daß auch solche Erbverträge abzuliefern sind, die mit einem anderen Vertrage verbunden sind, ferner auch diejenigen, bei denen die Parteien sich die übergebene Schrift haben zurückgeben lassen (vgl. § 2277) und bei denen also nur das Protokoll vorliegt, endlich auch Erbverträge, deren Wiederaufhebung gültig verabredet worden ist. Es wird auf die Mißlichkeit des Zustandes im letzteren Falle hingewiesen und die Verallgemeinerung einer in Bayern bestehenden Einrichtung empfohlen, wonach die Urschriften aufgehobener Erbverträge den Parteien ausgehändigt werden dürfen.

2. **RG. 53** 390 ff.: Die Bestimmung der §§ 2259, 2300, wonach Testamente und Erbverträge an das Nachlaßgericht abzuliefern sind, enthält keine Entscheidung der Frage, ob diese, wenn sie sich in der Verwahrung eines Notars befunden hatten, nach geschehener Veröffentlichung diesem auf sein Verlangen wieder zurückzugeben seien. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist unter Ablieferung nicht notwendig die endgültige Entäußerung des Besitzes einer Sache an einen anderen zu verstehen. Eine Ablieferung ist auch dann geschehen, wenn die übergebene Sache demnächst wieder zurückzugeben ist. Geschieht die Übergabe der Testamente und Erbverträge nach dem ausgesprochenen Zwecke der §§ 2259 ff., 2300 behufs Eröffnung, so kann recht wohl die Ablieferung nur zum vorübergehenden Zwecke der Publikation unter Vorbehalt der Rückgabe nach gemachten Gebrauch angeordnet sein. Es ergeben auch weitere spezielle Vorschriften des BGB., daß die dem Nachlaßgericht abgelieferten Testamente und Erbverträge keineswegs notwendig bei diesem Gerichte zu verbleiben haben. Gemäß §§ 2273, 2300 sind gegebenenfalls gemeinsame Testamente und Erbverträge, welche sich vor der Publikation durch das Nachlaßgericht in besonderer amtlicher Verwahrung befunden haben, in diese Verwahrung wieder zurückzubringen, um später wieder zur Publikation an das Nachlaßgericht zu gelangen. Reichsgesetzlich fällt das Nachlaßgericht keineswegs mit der Verwahrungsstelle zusammen, deren Bestimmung vielmehr landesgesetzlich verschieden geordnet sein kann. Auf der anderen Seite kann aber auch dem Umstande, daß im § 2300 nicht auch die Anwendbarkeit des § 2264 für den Fall der Ablieferung von Erbverträgen angeordnet ist, maßgebendes Gewicht für die Entscheidung der Frage nicht beigemessen werden. Daß das im § 2264 gedachte Recht der Einsicht und der Entnahme von Abschriften auch gegenüber den vom Nachlaßgerichte verkündeten gerichtlichen Erbverträgen gegeben ist, kann einem gegründeten Zweifel nicht unterworfen werden. Die Bestimmung des § 2264 kann demnach als eine vollständige und erschöpfende in dem Sinne nicht gelten, daß sie bei Erbverträgen überhaupt nicht zur Anwendung zu kommen habe. Eine unmittelbare oder mittelbare Entscheidung der vorliegenden Frage findet sich überhaupt nicht im BGB. Nach dem Zusammenhange der Bestimmungen desselben hat vornehmlich die Form der Errichtung von Testamenten und Erbverträgen bestimmt und die gesonderte amtliche Aufbewahrung sowie die vollständige Publikation derselben gewährleistet werden sollen. Für die Entscheidung der Frage, ob vom Notar aufgenommen und offen verwahrte Erbverträge nach der Eröffnung durch das Nachlaßgericht in Urschrift wieder dem Notar zurückzugeben sind, enthält auch das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Bestimmungen. In Ermangelung von Vorschriften dieses Gesetzes

sowie des BGB. muß die Entscheidung auf der Grundlage des Landesrechts des einzelnen Bundesstaats gefunden werden. Mögen auch nach Art. 55 des EG. z. BGB. mit diesem die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze grundsätzlich außer Kraft getreten sein, so sind doch davon nicht diejenigen Bestimmungen betroffen, welche lediglich Verfahrensvorschriften bezüglich der Testamente und Erbverträge enthalten. Insoweit bleiben die Landesgesetze erhalten (vgl. insbesondere Art. 151 des EG. z. BGB.). Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sodann hat im allgemeinen nicht den Charakter der Kodifikation. Vielmehr bestimmt § 200 desselben generell, daß durch Landesgesetze Vorschriften zur Ergänzung und Ausführung dieses Gesetzes auch insoweit erlassen werden können, als dieses Gesetz Vorbehalte für die Landesgesetzgebung nicht enthält (auch JW. **03** Beil. 37).

Fünfter Abschnitt.

Pflichtteil.

Literatur: Bendix, Der außerordentliche Pflichtteil des Intestaterben, R. **03** 258 bis 259. — Bollenbeck, Beschränkungen des Pflichtteils in guter Absicht, RheinNotZ. **03** 150—156. — Freudenthal, Wann beginnt die Ausschlagungsfrist für den Pflichtteilsberechtigten, der als Nacherbe auf mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils berufen ist? DJZ. **03** 364, 365. — Pütter, Hat der Intestaterbe einen Anspruch auf den außerordentlichen Pflichtteil des BGB. § 2325 und § 2329? Gruchots Beitr. **47** 348—355. — Vater, Anspruch des Intestaterben auf den außerordentlichen Pflichtteil der §§ 2325, 2329. Gruchots Beitr. **47** 527—532.

§ 2303. 1. Pütter, Gruchots Beitr. **47** 348 ff., meint, daß die Frage, wer pflichtteilsberechtigt sein soll, nicht von der Wissenschaft, wie z. B. der Begriff des Kaufes, Tausches usw. zu beantworten ist, sondern durch positives Gesetz festgestellt werden muß; er findet die, sonst im BGB. fehlende, Legal-Definition des Pflichtteilsberechtigten in dem § 2303, wonach pflichtteilsberechtigt nur solche Personen sind, welche durch Verfügung des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen sind. Er spricht deshalb dem Intestaterben jeden Pflichtteilsanspruch ab, und versagt demselben insbesondere auch den Anspruch auf den außerordentlichen Pflichtteil, weil unter dem Pflichtteilsberechtigten des § 2325 wieder nur der nach § 2303 Pflichtteilsberechtigte verstanden werden dürfe.

Hiergegen wendet sich Vater, Gruchots Beitr. **47** 527, und besonders Bendix, R. **03** 258. Er folgert aus dem Gesamtinhalte der §§ 2303—2338, daß die Pflichtteilsberechtigung sich an die objektive Nichterfüllung der Rechtspflicht des Erblassers, gewissen Personen einen bestimmten Wertbetrag zu hinterlassen, knüpfe, und nur verschieden gestaltet sei, je nachdem der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen (§§ 2303 ff.) oder durch Schenkung unter Lebenden (§§ 2325 ff.) den Berechtigten verkürzt habe.

2. Bendix, R. **03** 253, sieht im einzelnen den Sinn der gesetzlichen Bestimmungen in folgenden Grundsätzen:

a) Es besteht die Rechtspflicht des Erblassers, gewissen Personen (Abkömmlingen und Eltern sowie dem Ehegatten) einen bestimmten Wertbetrag (Pflichtteil) zu hinterlassen.

b) Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils (§ 2303 Abs. 1 Satz 2). Hierbei wird jedoch für die Berechnung des Pflichtteils unter den zur Erbfolge berufenen Abkömmlingen der gesetzliche Erbteil in der Größe zugrunde gelegt, die er im Falle der gesetzlichen Erbfolge durch Berücksichtigung der einzuwerfenden Zuwendungen nach den für die Ausgleichungspflicht geltenden Vorschriften erlangt (§ 2316 Abs. 1 und 2).

c) Die Pflichtteilsberechtigung knüpft sich an die objektive Nichterfüllung der Rechtspflicht des Erblassers (a); sie bildet also die Kehrseite dieser Pflicht. Solche Nichterfüllung liegt vor:

α. wenn der Erblasser durch eine Verfügung von Todes wegen (§§ 2303 ff.) den Berechtigten von der Erbfolge ausschließt (§ 2303) oder ihm einen geringeren als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterläßt (§ 2305) oder ihn durch eine Beschränkung oder Beschwerung der in dem § 2306 bezeichneten Art beeinträchtigt oder endlich ihn nur mit einem Vermächtnisse bedenkt (§ 2307);

β. wenn der Erblasser durch eine an einen Dritten, insbesondere auch an den eingesetzten Erben bewirkte Schenkung unter Lebenden (§§ 2325 ff.) den Berechtigten verkürzt, ihm also nicht soviel hinterlassen hat, als der Pflichtteil betragen würde, wenn der verschenkte Gegenstand sich zur Zeit des Erbfalls noch im Nachlasse befände.

In dem ersteren Falle ist der regelmäßige, in dem zweiten der außerordentliche Pflichtteilsanspruch gegen den Erben gewährt.

d) Der außerordentliche Pflichtteilsanspruch versagt, wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst der alleinige Erbe ist, aber auch soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist, z. B. infolge Beschränkung seiner Haft oder auf Grund peremtorischer Einrede des § 2328. Deshalb tritt hier an die Stelle des außerordentlichen Pflichtteilsanspruchs ein Herausgabeanspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten (§ 2329).

e) Die Hinterlassungspflicht zu a und die Pflichtteilsberechtigung zu b fällt nur in den gesetzlichen Ausnahmefällen (§§ 2333 ff.) fort.

3. Vater, Gruchots Beitr. **47** 527, stellt folgende Grundsätze auf:

a) § 2303 gibt keine den Begriff vollständig erschöpfende Erklärung des Wortes Pflichtteil.

b) Unter Pflichtteil versteht das BGB. denjenigen Vermögenswert, welchen Eltern ihren Abkömmlingen, kinderlose Kinder ihren Eltern und ein Ehegatte dem anderen zu hinterlassen verpflichtet sind.

c) Das Recht auf diesen Vermögenswert steht den bezeichneten Personen auch dann zu, wenn sie durch Intestaterbfolge zur Erbschaft berufen sind; es besteht schon, bevor eine letztwillige Verfügung errichtet ist.

d) Aus diesem Pflichtteilsrecht entsteht durch den Tod und eine dasselbe verletzende Verfügung des Erblassers der Pflichtteilsanspruch.

4. Der Pflichtteilsanspruch ist nicht der Kategorie der gesetzlichen Vermächtnisse zu unterstellen. Matthiaß (4) 498, im Gegensatze zur 1. und 2. Auflage.

5. Die deutschen Vorschriften über Pflichtteilsrecht und Erbunwürdigkeit haben für das internationale Privatrecht keinen zwingenden Charakter. Gegen Keidel, Journal de droit international privé **26** 265 ff. übereinstimmend mit Niemeyer, Internationales Privatrecht 169, Klein, Böhms Z. **13** 89 ff.

§ 2304. Vgl. JDR. **1** zu § 2304 Ziff. 1, BayrObLG. **3** 510 und DJZ. **03** 131.

§ 2305. Auch dem Intestaterben kann ein Erbteil hinterlassen werden, der geringer ist, als die Hälfte des gesetzlichen, wenn er als Erbe weder eingesetzt noch ausgeschlossen, sondern Intestaterbe geworden ist, weil der Erblasser in seinem Testamente die Erbschaft auf einen Bruchteil beschränkt hat (§ 2088). Vater, Gruchots Beitr. **47** 530.

§ 2306. 1. Der Intestaterbe ist ebenso wie der heres institutus zur Erbschaft berufen, wenn auch nicht durch letztwillige Verfügung, so doch durch Gesetz. Vater, Gruchots Beitr. **47** 530.

2. Abs. 2. Auch für den zum Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten

beginnt die Frist zur Ausschlagung der Nacherbschaft erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge. Die Bestimmung des § 2142 Abs. 1 gilt auch für den zum Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten; durch § 2306 ist für den pflichtteilsberechtigten Nacherben keine Ausnahmestellung in Beziehung auf die Ausschlagungsfrist geschaffen. Weegmann, WürttZFrG. **45** 162ff. in Übereinstimmung mit dem OLG. 5 234 (KG.), gegen OLG. Naumburg (das.) 360. Vgl. hierzu Freudenthal, DJZ. **03** 364 und oben zu § 2142.

§ 2308. Hat der Pflichtteilsberechtigte einen Erbteil angenommen, ohne von den diesen belastenden Beschränkungen und Beschwerungen (die vielleicht erst in einem später aufgefundenen Testament enthalten sind) Kenntnis gehabt zu haben, so muß ihm die Anfechtung der Annahme unter gewissen Umständen in demselben Maße gewährt werden, wie sie § 2308 für die Anfechtung der Ausschlagung gibt. Strohal, Erbr. 423 Anm. 23. Anders Planck-Ritgen, Erl. 1 zu § 2308.

§ 2309. 1. Entferntere Abkömmlinge und Eltern des Erblassers sind auch dann pflichtteilsberechtigt, wenn der Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, von dem ihm zustehenden Pflichtteilsanspruche keinen Gebrauch macht. Strohal, Erbr. 427, Matthiaß II 500. Frommhold 284 will die Vorschrift des § 2309 zugunsten der Eltern des Erblassers zur Anwendung bringen, wenn der pflichtteilsberechtigte Abkömmling nach dem Erbfalle durch Vertrag mit dem Erben auf seinen Pflichtteilsanspruch verzichtet hat.

Ist der nächststehende Abkömmling, sei es auch nur in Ansehung eines Anteils der Erbschaft, aber unbeschränkt und unbeschwert im Sinne des § 2306 zur Erbfolge berufen, so können die in Betracht kommenden entfernteren Verwandten ein Anrecht auf den vollen Pflichtteil haben, wenn der Abkömmling durch Ausschlagung des die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreichenden Erbteils sein Anrecht auf den Pflichtteil verloren hat. Blieb der ausgeschlagene Erbteil hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zurück und stand demnach dem nächststehenden Abkömmling ein Pflichtteilsanspruch noch in dem Maße zu, in welchem er ihn auch im Falle der Annahme des Hinterlassenen hätte geltend machen können, so gebührt den entfernteren Abkömmlingen ein um den Wert dieses Teiles geminderter Pflichtteil. Strohal 427, 428 (Sachliche Würdigung des Ergebnisses: Dekanats-Programm 12).

2. Hat der Erblasser seinen einzigen Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen und ihm den Pflichtteil mit Recht entzogen, so beläuft sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten, auch wenn er, infolge der berechtigten Pflichtteilsentziehung, nach § 2309 mit dem als Verwandten der zweiten Ordnung in Betracht kommenden Vater des Erblassers konkurriert auf ein Achtel der Erbschaft. Der Berechnung des Pflichtteils des Vaters muß dagegen diejenige Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge zugrunde gelegt werden, welche sich ergibt, wenn der Vater als einziger Verwandter zweiter Ordnung mit dem überlebenden Ehegatten zusammentrifft. Der Pflichtteilsanspruch des Vaters erstreckt sich demnach im konkreten Falle auf ein Viertel der Erbschaft. Strohal 442.

Diese schon in dem Dekanats-Programme 13ff. vertretene Auffassung hat seitdem allgemeine Zustimmung gefunden.

§ 2311. 1. Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse müssen für die Pflichtteilsberechnung als nicht erloschen behandelt werden. Strohal 443. Im Ergebnis ebenso Schiffner 29 Anm. 7 und Planck-Ritgen, Erl. 2c zu § 2311.

2. Gehört zum Nachlaß eine noch nicht angenommene oder ausgeschlagene Erbschaft oder ein solches Vermächtnis, und schlägt der Erbe die qu. Erbschaft

bzw. das Vermächtnis aus, so muß auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten die dem Nachlasse durch die Ausschlagung entgangene Vermögensvermehrung bei der Berechnung des Pflichtteils mit berücksichtigt werden. Strohal 444. Im entgegengesetzten Sinne entscheidet Planck-Ritgen, Erl. 2a zu § 2311.

3. Abs. 1 Satz 2. Der Voraus ist bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern des Erblassers mit in Ansatz zu bringen, wenn er im konkreten Falle dem überlebenden Ehegatten nicht gebührt (dies trifft auch zu, wenn dem überlebenden Ehegatten gegenüber der Anspruch auf den Voraus mit Erfolg wegen Erbunwürdigkeit angefochten worden ist). Strohal 447, 448. Ebenso Kipp-Windscheid (8) III 400 Ziff. 2, Planck-Ritgen, Erl. 2d zu § 2311.

§ 2314. 1. Der Pflichtteilsberechtigte, der nicht Erbe ist, hat das Recht auf Auskunfterteilung nicht gegen den Testamentsvollstrecker. **RG.** SeuffA. **58** 74.

2. Unter dem „Bestande des Nachlasses" sind nur die Aktiva zu verstehen. OLG. Rostock, MecklZ. **21** 222, vgl. JDR. **1** zu § 2314 Ziff. 1.

§ 2315. 1. Freie Interpretation wird meist zu dem Ergebnisse führen, daß in der die Anrechnung auf den Erbteil enthaltenden Bestimmung auch die der Anrechnung auf den Pflichtteil mit enthalten ist. Strohal, Erbr. 466; vgl. hierzu JDR. **1** zu § 2315 Ziff. 1.

Hatte der Erblasser bei einer dem Pflichtteilsberechtigten unter Lebenden gemachten Zuwendung bestimmt, daß sie diesem auf den Pflichtteil angerechnet werden sollte, und kommt es trotzdem zur regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge, so muß sich der Empfänger den Wert der erhaltenen Gabe auf seinen gesetzlichen Erbteil anrechnen lassen. Strohal, Erbr. 467 (zurückhaltender 2. Aufl. 246).

Besteht die Zuwendung in einer von dem Vater oder der Mutter dem pflichtteilsberechtigten Kinde gewährten und den Vermögensverhältnissen des Gebers entsprechenden Ausstattung (§ 1624) und war eine Rechtspflicht des Gebers zur Gewährung der Ausstattung begründet (z. B. nach §§ 1620—1623), so kann der Empfangsberechtigte die Gewährung der Ausstattung mit der Maßgabe des § 2315 Abs. 1 ablehnen ohne in Empfangsverzug zu geraten. Strohal, Erbr. 467. Ebenso Planck-Ritgen Erl. 3b zu § 2315; Herzfelder 611.

2. Ein Pflichtteilsberechtigter, dessen anzurechnender Vorempfang den ihm zustehenden Pflichtteil deckt, ist im Sinne des § 2309 als ein Abkömmling anzusehen, der den Pflichtteil allerdings „verlangen" kann. Strohal, Erbr. 470.

Hat der Erblasser hinsichtlich des Abkömmlings, obschon dieser in Ansehung seines Pflichtteils durch den anzurechnenden Vorempfang vollständig gedeckt ist, es bei der gesetzlichen Erbfolge bewenden lassen, und schlägt hier der Abkömmling aus, oder hat der Erblasser gegenüber dem einzigen (nachkommenlosen) Abkömmlinge, der einen seinen Pflichtteil vollständig deckenden, anrechnungspflichtigen Vorempfang erhalten hatte, die Erbunwürdigkeit mit Erfolg geltend gemacht, so kann der Abkömmling einen Pflichtteil überhaupt nicht mehr „verlangen". Strohal, Erbr. 470, 471.

Zu diesem sachlich nicht befriedigenden Ergebnisse kommt auch Planck-Ritgen Erl. V zu § 2315. Anders Endemann III § 131 Anm. 15, der § 2051 Abs. 1 auch hier zur entsprechenden Anwendung bringen will.

3. Ist ein Pflichtteilsberechtigter, der sich einen Vorempfang auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen hat, auf einen die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigenden Erbteil unter Beifügung von Beschränkungen und Beschwerungen als Erbe eingesetzt, so haben die vom Erblasser angeordneten Beschränkungen und Beschwerungen nur dann als nicht angeordnet zu gelten, wenn der Wert des freien Erbteils unter Zurechnung des anzurechnenden Vorempfanges den Wert des nach § 2315 berechneten Pflichtteils nicht übersteigt. Anderenfalls hat der Pflichtteilsberechtigte die Wahl, den hinterlassenen Erbteil

mit Beschränkungen und Beschwerungen anzunehmen, oder aber auszuschlagen und hinsichtlich desjenigen Betrags, welcher ihm bei Anrechnung des Vorempfanges als effektiver Pflichtteil noch gebührt, den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Strohal, Erbr. 472.

Wesentlich anders Planck-Ritgen, Erl. 2b zu § 2315, welcher die Ansicht vertritt, daß bei Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten zu einem die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigenden, mit Beschränkungen und Beschwerungen belasteten Erbteil die Anordnung der Beschränkungen und Beschwerungen selbst dann als nicht geschehen gelten muß, wenn der Pflichtteilsberechtigte bei Anrechnung seines Vorempfanges hinsichtlich seines Pflichtteilsanspruchs voll befriedigt ist.

4. Abs. 2. Die Bestimmung, daß der Wert der Zuwendung dem Nachlasse hinzugerechnet wird, bezieht sich grundsätzlich nur auf den Fall der Berechnung des Pflichtteils desjenigen Pflichtteilsberechtigten, welcher die Zuwendung erhalten hat. — Eine nach § 2316 Abs. 1 zu berücksichtigende Zuwendung kommt, sofern ihre Anrechnung auf den Pflichtteil wirksam bestimmt ist, auch den übrigen pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen zustatten.

Bei Berechnung des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten wird der Wert der einem anderen Pflichtteilsberechtigten nach Maßgabe des § 2315 gemachten Zuwendung nur insoweit zu berücksichtigen sein, als sie in einer Schenkung besteht (§ 2325). Strohal, Erbr. 471. Ebenso Planck-Ritgen, Erl. 4 zu § 2315. Anders Endemann § 131 Ziff. 2b und Frommhold 284 Ziff. 4, welche die nach § 2315 vorzunehmende Zurechnung des Vorempfanges eines Pflichtteilsberechtigten zum Nachlaß in allen Fällen auch den übrigen Pflichtteilsberechtigten zustatten kommen lassen wollen.

5. Die Hinzurechnung erfolgt immer nur bei Feststellung des Pflichtteils desjenigen, der das anzurechnende vorausempfangen hat. Matthiaß II 508. Anderer Meinung: Endemann III 596, bes. Note 20.

6. Kreß, Erbengemeinschaft 218 ff.: Die Berücksichtigung anrechnungs- und ausgleichungspflichtiger Zuwendungen bei der Pflichtteilsberechnung.

7. Abs. 3. Die entsprechende Anwendung des § 2051 Abs. 1 ist auch dann geboten, wenn nur ein pflichtberechtigter Abkömmling in Frage kommt. Strohal, Erbr. 469, 470.

8. Die Frage, inwieweit eine Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil stattzufinden hat, ist eine erbrechtliche. Sie unterliegt daher hier, wo die Erblasserin am 23. März 1900 gestorben ist, nach Art. 213 des EG.z.BGB. ausschließlich der Beurteilung nach neuem Rechte. **RG.** JW. **03** 48.

§ 2316. 1. Bezüglich der Frage, ob die Pflichtteilsberechnung nach § 2316 einzutreten hat, und welche Abkömmlinge dabei mitgezählt werden, bleibt ein Erbe, der auf sein Erbrecht schlechthin verzichtet hat, sowie die Abkömmlinge des Verzichtenden, auf welche der Verzicht sich miterstreckt, ganz außer Betracht.

Es werden jedoch diejenigen Abkömmlinge mitgezählt,

a) die lediglich auf ihr Pflichtteilsrecht, nicht aber auch auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichtet haben;

b) die in Verbindung mit einer rechtmäßigen Entziehung des Pflichtteilsrechts von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind;

c) welche die ihnen zur Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils oder darüber hinaus unbeschränkt und unbeschwert angebotene Erbfolge ausgeschlagen haben und nun auch den Pflichtteil nicht verlangen können;

d) gegen welche die Erbunwürdigkeit mit Erfolg durch Anfechtung geltend gemacht worden ist. Strohal, Erbr. 491—493.

Ebenso Hellmann 234; Schiffner 43 und Matthiaß § 159; jetzt auch Cosack II § 413 Anm. 7 und Planck-Ritgen Erl. 1a zu § 2316.

2. Ergibt sich für den Pflichtteilsberechtigten durch Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht kein positiver Pflichtteilsanspruch, so ist er trotzdem im Sinne des § 2309 als ein Abkömmling anzusehen, der den Pflichtteil „verlangen" kann; sein Vorhandensein schließt demnach das Pflichtteilsrecht der in Betracht kommenden entfernteren Verwandten des Erblassers aus. Strohal, Erbr. 493, 494 im Gegensatze zu (1) 97 (vgl. aber Dekanatsprogramm 18 ff.).

3. Kreß, Erbengemeinschaft 216 ff.: Berücksichtigung der Ausgleichung bei der Pflichtteilsberechnung.

4. Abs. 3. Obgleich nur § 2050 Abs. 1 angezogen ist, wird auch für die Zuwendungen, die im § 2050 Abs. 2 aufgeführt sind, dasselbe gelten müssen, was § 2316 Abs. 3 hinsichtlich der Ausstattung bestimmt. Strohal, Erbr. 480 im Gegensatze zur 2. Aufl. 256, 257. Ebenso Planck-Ritgen Erl. 4 zu § 2316, sowie die dort Berufenen.

Anderer Ansicht: Drost, RheinNotZ. **44** 304, 305; Wilke 277 und Kipp-Windscheid 403 II a. E.

5. Abs. 4. Ein auf den Pflichtteil anzurechnender Ausgleichungsposten wird nicht dem Gesamtbestande des Nachlasses, sondern nur demjenigen Teile desselben, der den ausgleichspflichtigen Abkömmlingen zukommt, hinzugerechnet. Matthiaß II 512.

Ist der Pflichtteil durch den Anrechnungs- oder Ausgleichungsposten gedeckt, so ist der Pflichtteilsberechtigte trotzdem ein solcher, der den Pflichtteil verlangen kann (§ 2309); übersteigt der Vorempfang den Betrag des Pflichtteils, so behält der Pflichtteilsberechtigte das Mehr über den Pflichtteilsbetrag (§ 2056). Matthiaß 513.

6. Der Wert einer ausgleichspflichtigen und gleichzeitig nach § 2315 anzurechnenden Zuwendung wird, beim Vorhandensein eines überlebenden Ehegatten, nicht nur demjenigen Teile des Nachlasses, welcher nach Abzug des Erbteils des Ehegatten verbleibt, sondern dem Gesamtnachlaß hinzugerechnet. Strohal, Erbr. 481—487.

Für die einfache Anwendung der Formel des § 2316 Abs. 4: Planck-Ritgen Erl. 5b a. E. zu § 2316; Kipp-Windscheid III 401; Cosack II § 413 IV; Matthiaß II § 159 f.

Sind neben dem Empfänger der Zuwendung noch andere Pflichtteilsberechtigte vorhanden, und käme diesen gegenüber der Vorausempfang bei der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung, so dürfte die Hinzurechnung der Zuwendung zum Gesamtnachlaß auch bei Bestimmung der Pflichtteile dieser Pflichtteilsberechtigten geboten sein; trifft ein anrechnungspflichtiger Abkömmling mit dem überlebenden Ehegatten zusammen, so findet die Zuwendung bei der Berechnung des Pflichtteils des letzteren nur dann Berücksichtigung, wenn sie schenkweise erfolgt war und nur nach Maßgabe der §§ 2325 ff. Strohal, Erbr. 488, 489.

§ 2317. 1. Cohn, Gruchots Beitr. **47** 283 ff.: Der Verzicht auf den Pflichtteil als Erbteil, wie der Verzicht auf den letzteren überhaupt, ist Verzicht auf ein Recht; als Verzicht auf ein Recht bedarf er nicht der Vertragsform, weil das Gesetz diese Form nicht vorgeschrieben hat. Aber seine Wirkungen sind beschränkte. Der Erbe hört, da er nicht ausgeschlagen hat, nicht auf, Erbe zu sein, er haftet also der Gläubigerschaft, und die Miterben brauchen ihn seiner Verpflichtungen nicht zu entbinden. Soll das letztere geschehen, so bedarf es hierzu des Vertrags. Tatsächlich wird also in den meisten Fällen des Verzichts auf den Pflichtteil der Vertrag kaum zu entbehren sein. Der Verzicht des alleinigen

Erben käme immer nur in Beziehung auf eine andere Person, auf die das Erbrecht übertragen werden soll, in Betracht, er könnte als Erbschaftskauf im Sinne des § 2371 zu erachten und dann der Form des letzteren zu unterwerfen sein. Der abstrakte Verzicht auf das Erbrecht, abgesehen vom Pflichtteilsrecht, ist dem BGB. unbekannt.

2. Weder die irrtümliche Annahme, nur unter Verzicht auf den Pflichtteil ein Vermächtnis annehmen zu dürfen, noch der Irrtum über den Wert eines ihm vermachten Gegenstandes berechtigen den Pflichtteilsberechtigten, den von ihm auf den Pflichtteil erklärten Verzicht anzufechten. OLG. Colmar, DJZ. **03** 576.

3. Die Verhältnisse der Pflichtteilsberechtigten gehören zu den erbrechtlichen Verhältnissen im Sinne des Art. 213, da ihre Rechte, obwohl sie dem Grunde nach in den schon vorher vorhanden gewesenen persönlichen Beziehungen wurzeln, doch als klagbare Ansprüche erst mit dem Tode des Erblassers zur Entstehung kommen. **RG. 54** 243, JW. **03** Beil. 51.

§ 2318. 1. Da der Voraus bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern des Erblassers außer Betracht bleibt (§ 2311), kann er von dem Erben wegen der ihn den Eltern gegenüber treffenden Pflichtteilslast nicht gekürzt werden. Strohal, Erbr. 458 Anm. 6.

2 Abs. 3. Unter dem Pflichtteil ist hier auch das zu verstehen, womit sich der Pflichtteilsberechtigte gegebenenfalls für seinen wirklichen Pflichtteil als befriedigt ansehen muß (§ 2306). Matthiaß II 523.

3. Kreß, Erbengemeinschaft 93 ff.: Das Kürzungsrecht der pflichtteilsbeschwerten Miterben gegenüber Vermächtnissen. (Beispiele.)

§ 2319. 1. Das Leistungsverweigerungsrecht muß dem Erben selbst dann zugesprochen werden, wenn er das Recht zur Beschränkung der Haftung bereits eingebüßt hat. Strohal, Erbr. 458 Anm. 5. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 4 zu § 2319.

2. Kreß, Erbengemeinschaft 92 f.: Gegenüber dem ordentlichen Pflichtteilsanspruche steht dem pflichtteilsberechtigten Miterben vor der Teilung kein Kürzungsrecht zu.

§§ 2321, 2322. Kreß, Erbengemeinschaft 95 ff.: Beispiele über die Kürzungsrechte der Miterben.

§§ 2325 ff. 1. Hat den Anspruch aus den §§ 2325 ff. auch der Intestaterbe? Dies bejaht Vater, Gruchots Beitr. **47** 532. Auch Strohal 525. Einem zur gesetzlichen Erbfolge gelangenden Pflichtteilsberechtigten steht ein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung gegen den Miterben bzw. den Beschenkten gleichfalls zu, wenn der Wert des gesetzlichen Erbteils hinter dem Betrage des durch Hinzurechnung des verschenkten Gegenstandes zum Nachlaß erhöhten, Pflichtteils zurückbleibt. Ebenso Bendix, R. **03** 259: Der außerordentliche Pflichtteilsanspruch wie der subsidiäre Herausgabeanspruch (§ 2329) steht unter den gesetzlichen Voraussetzungen auch den Intestaterben zu. Anders Pütter, Gruchots Beitr. **47** 348, welcher dem zur gesetzlichen Erbfolge gelangenden Pflichtteilsberechtigten einen Anspruch auf Pflichtteilsergänzung nicht zugesteht.

2. Als „Dritter“ im Sinne des § 2325 ist jeder andere im Gegensatze zu dem Pflichtteilsberechtigten zu verstehen. Vater, Gruchots Beitr. **47** 532.

3. Hat ein Pflichtteilsberechtigter von der sein Recht auf Pflichtteilsergänzung begründenden Schenkung des Erblassers erst Kenntnis erlangt, nachdem er den ihm angefallenen, mit Beschränkungen und Beschwerungen belasteten Erbteil oder ein solches Vermächtnis mit Rücksicht darauf angenommen hat, daß durch den Wert des freien Erbteils sein ordentlicher Pflichtteil gedeckt sei, so muß ihm entweder gestattet sein, den gemachten Erwerb der Erbschaft anzufechten, oder es muß in Ansehung der Pflichtteilsergänzung für alle Beteiligten

praktisch dasselbe Resultat hergestellt werden, das im Falle der Ausschlagung des vom Pflichtteilsberechtigten gemachten Erwerbes sich ergeben haben würde. Strohal, Erbr. 511—513. Für die Möglichkeit der Anfechtung Schiffner 54.

Planck-Ritgen gibt die Billigkeit der vorgeschlagenen Lösungen zu, hält aber die Möglichkeit einer Abhilfe durch die lex lata für ausgeschlossen.

Widerspruchsvoll Frommhold 295 Ziff. 1 und 2.

Hellmann 235 gibt dem Pflichtteilsberechtigten ein Recht auf die Ergänzung und bürdet die Last dem Erben, ohne Kürzung der dem Pflichtteilsberechtigten auferlegten Vermächtnisse, auf.

4. § 2325 gibt dem Pflichtteilsberechtigten eine Ergänzungklage, welche in erster Linie gegen den Erben und erst in zweiter Linie — wenn und soweit eine Verpflichtung des Erben zur Ergänzung nicht besteht — nach § 2329 gegen den Beschenkten zu richten ist. Auch dieser Anspruch gegen den Beschenkten gehört zu den „erbrechtlichen Verhältnissen" des Art. 213 EG. **RG. 54** 241, JW. **03** Beil. 51. (s. u. Ziff. 1 zu § 2329.)

5. Bei Anwendung der §§ 2325 ff. ist allein entscheidend, ob das Pflichtteilsrecht zur Zeit des Erbfalls nach Maßgabe des § 2303 besteht. Ob die Schenkungen zu einer Zeit erfolgten, wo die Möglichkeit eines Pflichtteilsrechts noch nicht gegeben war, ist ohne Belang. **RG.** JW. **03** Beil. 128.

6. Ob die Vorschriften der §§ 2325 ff. überhaupt anwendbar sind, wenn es sich nicht um eine Zuwendung an eine dritte bereits existierende physische oder juristische Person, sondern um die Dotierung einer Stiftung handelt, welche selbst erst durch den die fragliche Dotierung enthaltenden Stiftungsakt ins Leben gerufen wurde, kann als zweifelhaft bezeichnet werden. Da jedoch im wirtschaftlichen Ergebnisse für den Pflichtteilsberechtigten kein Unterschied besteht, ob der Erblasser sein Vermögen durch die Errichtung einer Stiftung oder durch schenkungsweise Zuwendung an eine bereits bestehende Stiftung verändert und da der den Bestimmungen der §§ 2325 ff. zugrunde liegende leitende Gedanke in beiden Fällen in gleicher Weise zutrifft, so erscheint es geboten, eine entsprechende Anwendung der fraglichen Gesetzesbestimmungen auch in den Fällen zuzulassen, in welchen vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht eine bestehende Stiftung bereichert, sondern eine neue Stiftung begründet worden war. **RG. 54** 399 ff., JW. **03** Beil. 73, DJZ. **03** 321.

7. Die Geltendmachung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs seitens des Testamentserben erfordert nicht die Ausschlagung der Erbschaft. **RG. 54** 399, JW. **03** Beil. 73.

8. Befindet sich nicht mehr der geschenkte unverbrauchbare Gegenstand, sondern nur ein Äquivalent zur Zeit des Erbfalls im Vermögen des Beschenkten, so ist auch hier die Zeit des Erbfalls für die Wertbestimmung maßgebend. Matthiaß II 515 Anm. 1, Schiffner 53 Note 33.

Hat der Pflichtteilsberechtigte in Unkenntnis seines Ergänzungsanspruchs das ihm über den gesetzlichen Pflichtteil hinaus Hinterlassene angenommen, so wird ihm das Hinterlassene ohne Berücksichtigung der Beschwerungen auf die Ergänzung angerechnet, ihm aber auch die Anfechtung der Annahme zu gestatten sein. Matthiaß 515, Schiffner 54 Note 38.

9. Strohal 526: Hat der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk von dem Erblasser erhalten, so bleibt dieses unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind. Anders Planck-Ritgen Erl. 4 zu § 2327 unter Berufung auf Protokolle VI 105.

§ 2326. Der Pflichtteilsberechtigte kann die Ergänzung des Pflichtteils auch dann verlangen, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und grundsätzlich auch dann, wenn ihm mehr als die Hälfte unbeschränkt und unbeschwert hinterlassen ist. Hier haben wir also einen „Pflichtteil" und einen „Pflichtteilsberechtigten", den die §§ 2303 ff. nicht kennen. Der außerordentliche Pflichtteilsanspruch ist hier gegeben, während der regelmäßige versagt ist. Bendix, Privatr. 880 und R. **03** 259.

§ 2329. 1. RG. **54** 243 ff.: Der seitens des Pflichtteilsberechtigten dem Beschenkten gegenüber zu erhebende Anspruch ist nach den Bestimmungen des BGB. keineswegs etwa als eine aus der Person des Erblassers bzw. aus dem ursprünglich (infolge des Schenkungsvertrags) zwischen dem Geschenkgeber und dem Beschenkten entstandenen Rechtsverhältnisse hergeleitete Revokationsklage oder als eine (der actio Pauliana nachgebildete) reine Anfechtungsklage aufzufassen. Der Standpunkt des BGB. ist vielmehr ein anderer. Es hat in seinem das Erbrecht regelnden fünften Buche, und zwar unter den vom Pflichtteil handelnden Vorschriften, bezüglich der pflichtwidrigen Schenkungen den im § 2325 enthaltenen Satz an die Spitze gestellt. Danach wird dem Pflichtteilsberechtigten eine Ergänzungsklage gegeben, welche — abweichend von den meisten bis dahin in Deutschland geltend gewesenen Rechten — vgl. Motive V 449, 454, 455, 456, 467, sowie Protokolle 7263 ff. und Denkschrift 288 — in erster Linie gegen den Erben, ausnahmsweise — im Falle des § 2329 — gegen den Beschenkten zu richten ist, in beiden Fällen aber als ein auf dem Pflichtteilsrechte beruhender und auf Ergänzung des Pflichtteils gerichteter Anspruch insofern dieselbe rechtliche Natur aufweist, als es sich dabei um ein erbrechtliches Schuldverhältnis handelt, auf welches die Bestimmung des Art. 213 EG. um BGB. anzuwenden ist.

2. Bei unbeschränkter Haftung des Erben entsteht der Anspruch auf Herausgabe gegen den Beschenkten niemals; die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Erben trifft dann den Pflichtteilsberechtigten. Matthiaß II 516.

3. Der Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils kann gegen den Beschenkten geltend gemacht werden, wenn der beschränkt haftende Erbe wegen Insuffizienz des Nachlasses zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist; der Beschenkte haftet jedoch hinsichtlich der Pflichtteilsergänzung nicht, wenn der Erbe, sei es auch nur aus dem Grunde, weil er wegen Versäumung der Inventarfrist (§ 1994) für die Nachlaßverbindlichkeiten schlechthin unbeschränkt haftet, zur Leistung der Pflichtteilsergänzung verpflichtet ist. Strohal 516, 517; Schiffner 55, Planck-Ritgen Erl. 2a zu § 2329, Böhm und Hellmann, JDR. **1** zu § 2329.

4. Der Pflichtteilsberechtigte kann hier der alleinige Erbe sein, nicht bloß der Miterbe. Der Alleinerbe aber ist niemals Pflichtteilsberechtigter im Sinne der §§ 2303 ff., denn auch in dem Satze 2 des § 2306 bildet die Ausschlagung des Erbteils die Voraussetzung des regelmäßigen Pflichtteilsanspruchs. Letzterer steht dem Alleinerben niemals zu, da es eine logische Unmöglichkeit ist, daß dieser durch eine Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen oder darin beeinträchtigt ist. Bendix, R. **03** 258, 259.

§ 2335. 1. RG. JW. **03** Beil. 81, § 2335 gewährt jedem Ehegatten, auch demjenigen, der die Scheidungsklage schon eingeleitet hat, das Recht zur Entziehung des Pflichtteils. Eine Einschränkung dieses Rechtes ergibt sich aus § 1933 nicht. (auch DJZ. **03** 429, Gruchots Beitr. **47** 975.)

2. Matthiaß II 520 Anm. 1: Hätte der Erblasser wegen ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens des Ehegatten auf Scheidung klagen können, so ist die

darauf begründete Pflichtteilsentziehung nicht unwirksam, wenn sich der Ehegatte zur Zeit des Erbfalls dauernd von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel abgewendet hat. Anderer Meinung: Schiffner, IDR. 1 zu § 2335 Ziff 1.

§ 2338. 1. Die Enterbung in guter Absicht ist lediglich eine vom Gesetze zugelassene Beschränkung des Pflichtteils. Sie ist, weil sie sachlich dem Pflichtteilsberechtigten zum Vorteile gereicht, nicht eine Pflichtteilsentziehung, und daher fehlt auch seinen Abkömmlingen das Pflichtteilsrecht. OLG. 7 364 (Hamburg)

2. OLG. 6 333 (KG.). Zwischen beiden Maßregeln des § 2338 hat der Erblasser die Wahl, und selbstverständlich kann er sie auch, da sie sich nicht gegenseitig ausschließen, verbunden zur Anwendung bringen; (Meischeider, Letztwillige Verfügungen 526, 528; Reincke, ZPO. zu § 863). Erhellt dabei nicht, daß der Erblasser beide Anordnungen nur in Verbindung miteinander hat treffen wollen, ist vielmehr davon auszugehen, daß nach seinem Willen jede Anordnung auch für sich allein gelten sollte, so ist der Bestand der einen Anordnung unabhängig von dem der anderen, und der Fortfall der Anordnung der Nacherbschaft macht nicht auch die weitere Anordnung einer lebenslänglichen Verwaltung des Erbteils hinfällig. Dieser Teil des Nachlaßvertrags ist also aufrechtzuerhalten als eine selbständig für sich durchzuführende und vom Erblasser gewollte Beschränkung des Pflichtteilsrechts des Klägers . . . .

3. Die Möglichkeit der Gefährdung des späteren Erwerbes ist nicht ausgeschlossen, wenn der Pflichtteilsberechtigte bereits als Verschwender entmündigt ist. Strohal, Erbr. 499 Anm. 20; sachlich ebenso Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2338. Anderer Ansicht: Schiffner 80 Anm. 14; Endemann III § 134 Anm. 36; Frommhold 305 Ziff. 3.

Auf einen anderen Zeitpunkt als den des Todes des Abkömmlings kann der Erblasser die Zuweisung des dem Abkömmlinge Hinterlassenen oder des diesem gebührenden Pflichtteils an dessen gesetzliche Erben nicht stellen. Strohal, Erbr. 501.

Einem eventuellen gesetzlichen Erben des Abkömmlings, der zwar den Tod des Erblassers, nicht aber den Tod des Abkömmlings erlebt, kann in den nach § 2338 zu beurteilenden Fällen ein vererbliches Recht nach § 2108 Abs. 2 keinesfalls zugeschrieben werden. Strohal, Erbr. 501, 502; vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3a zu § 2338.

Der Erblasser kann die nach § 2338 gestattete Zuweisung weder an andere Personen als die gesetzlichen Erben des Abkömmlings bewirken, noch die Anteile der gesetzlichen Erben abweichend von dem Verhältnisse der gesetzlichen Erbteile der in Betracht kommenden Personen bestimmen. Strohal, Erbr. 502.

Ist kein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden als der Fiskus, so kommt die Zuweisung diesem doch nicht zustatten (§§ 2104 Satz 2 u. 2149 Satz 2). Strohal, Erbr. 502; ebenso Schiffner 81 Anm. 22 und Planck-Ritgen Erl. 3a zu § 2338.

Der Abkömmling kann nach Maßgabe der Vorschriften über die Pflichtteilsentziehung bestimmen, daß von den gesetzlichen Erben, an welche sein Pflichtteil nach seinem Tode gelangen soll, derjenige ausgeschlossen sei, welcher sich ihm gegenüber einer die Pflichtteilsentziehung rechtfertigenden Verfehlung schuldig gemacht hat.

Ist der gesetzliche Erbe dem Abkömmlinge gegenüber nicht pflichtteilsberechtigt, so müßte § 2294 zur entsprechenden Anwendung gebracht werden. Strohal, Erbr. 503.

Bollenbeck, RheinNotZ. **03** 150 ff., bespricht die Voraussetzungen des § 2338 und gibt sodann einige Formulare für nach § 2338 anzuordnende Beschränkungen des Pflichtteils in guter Absicht (153—155).

Sechster Abschnitt.
Erbunwürdigkeit.

§ 2339. Ziff 2. Ist es späterhin dennoch zu einer Testamentserrichtung gekommen, so bleibt es bei der Unwürdigkeit des Betreffenden. Matthiaß II 445; a. M. Wilke, Komm. 293.

§ 2344. (2080 Abs. 1.) In den Fällen, wo der nach § 2080 Anfechtungsberechtigte erbunwürdig ist, wird das Anfechtungsrecht demjenigen zuerkannt werden müssen, welchem die Ausübung desselben zustatten kommen würde, wenn von dem Erbunwürdigen abgesehen wird.

Ebenso ist zu entscheiden, wenn derjenige, welchem nach §§ 2194, 2196 der Wegfall des mit einer Auflage Beschwerten unmittelbar zu statten kommt, erbunwürdig ist. Strohal, Erbr. 549, 550.

Siebenter Abschnitt.
Erbverzicht.

§ 2346. 1. Der Verzicht eines gesetzlichen Erben erstreckt sich auch auf die durch Wegfall eines Miterben eintretende Erweiterung des Erbteils, auf welchen verzichtet worden ist (§ 1935). Strohal, Erbr. 534 Anm. 24; anders Planck-Ritgen Erl. 4 zu § 2346.

Ein Erbverzicht kann auch in der Weise stattfinden, daß der Verzichtende auf sein gesetzliches Erbrecht mit Vorbehalt des Pflichtteilsrechts verzichtet (vgl. Mot. V 472). Strohal, Erbr. 535; a. A. Schiffner, vgl. JDR. **1** zu § 2346; Pfaff-Hofmann, Exkurse 44, auch Endemann III § 64 Anm. 27 und Herzfelder 662.

2. Der Verzicht auf eine künftige Erbschaft unterliegt der Anfechtung durch die Gläubiger nicht, ebenso ist eine vor der Konkurseröffnung erfolgte Erbausschlagung unanfechtbar. LG. Heidelberg, BadRpr. **03** 144; vgl. Planck V 633; Petersen-Anger a. a. O. zu § 9.

§ 2351. Hat der Erblasser eine letztwillige Anordnung hinterlassen, laut deren von einem noch nicht beseitigten Erbverzicht abgesehen werden soll, so ist anzunehmen, daß der Erblasser dem Verzichtenden (bzw. dem nach § 2349 durch den Verzicht mit betroffenen Abkömmling des Verzichtenden) hierdurch letztwillig dasjenige zuwenden wollte, was diesem ohne den Verzicht angefallen wäre.

Die rechtliche Stellung eines gesetzlichen Erben und eines Pflichtteilsberechtigten vermag der Erblasser dem Verzichtenden im Wege der letztwilligen Verfügung nicht zu verschaffen. Strohal, Erbr. 541, 542 (anders d. 2. Aufl. 291 Anm. 20); wie d. 3. Aufl.: Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2351 und Herzfelder 669.

Achter Abschnitt.
Erbschein.

Literatur: Bollenbeck, Kann die Versicherung an Eidesstatt im Erbscheinsverfahren durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden? DNotV3 **03** 261 ff. — Freudenthal, Zurückbehaltungsrecht des Nachlaßgerichts an den ihm im Erbscheinsverfahren eingereichten Personenstandsurkunden, R. **03** 139—140. — Goslich, Der Testamentsvollstrecker hat als solcher nicht das Recht, einen Erbschein zu beantragen (§ 2353), CBlFrG. **3** 385—389. — Josef, Die Abgabe eidesstattlicher Versicherungen im allgemeinen und besonders im Erbscheinsverfahren durch Bevollmächtigte, DNotV3. **03** 460—470. — Josef, Das Auseinandersetzungsverfahren und der Erbschein bei altrechtlichen Sterbefällen, Gruchots Beitr. **47** 341—348. — Marcus, Zur Frage der Legitimation des Testamentsvollstreckers, CBlFrG. **3** 830—831. — Oberneck, Die grundbuchrechtliche Legitimation des Erbeserben, DNotV3. **03** 189—199.

§ 2353.

I. Antragsrecht.

1. a) Josef, Gruchots Beitr. **47** 348: Das BGB. ordnet das ganze Erbrecht, und wenn es im § 1922 den Begriff des Erbfalls und des Erben bestimmt und sodann im § 2353 dem „Erben" einen Anspruch auf den Erbschein gibt, so ist — sofern nicht zwingende Gründe für die gegenteilige Ansicht vorliegen — anzunehmen, daß mit dem im § 2353 bezeichneten Erben derjenige gemeint ist, welcher es auf Grund eines im § 1922 bezeichneten Erbfalls, also unter der Geltung des BGB., geworden ist. Ob es zu einem unbefriedigenden Ergebnisse führt, daß, obwohl der Erbschein und die Rechtshandlung unter der Geltung des neuen Rechtes ausgestellt und vorgenommen ist, die Stellung der Parteien zueinander nach § 6 des preuß. Gesetzes beurteilt werden müßte, worauf Börner DJZ. **02** 75 hinweist (das Ergebnis dürfte übrigens durchaus dem aus der Anwendung der §§ 2365 ff. BGB. sich ergebenden gleichkommen), kann für die Entscheidung nicht in Betracht kommen. Viel weniger befriedigend ist noch die Folge, daß auf lange Jahre hinaus die schon unter der Geltung des früheren Rechtes infolge der mehrfach geänderten Gesetzgebung vielfach unanwendbar gewordenen und schwer verständlichen Vorschriften der Allgemeinen Gerichtsordnung Teil I Tit. 46 für das Verfahren maßgebend bleiben. Indeß hat der Gesetzgeber, wie die Begründung zum jetzigen Art. 139 des preuß. FrGG. ergibt, an dieser Folgerung keinen Anstoß genommen.

b) Das Recht auf Erbschein hat nicht, wer vom Alleinerben die Erbschaft, wohl aber, wer von einem Miterben dessen Anteil gekauft hat. Denn die von einem Miterben vorgenommene Veräußerung seines Anteils ist mit weittragenderer Wirkung als die Veräußerung der Erbschaft durch den Alleinerben insofern ausgestattet, als — im Gegensatze zum Alleinerben, dem es versagt ist, im Ganzen über die ihm angefallene Erbschaft zu verfügen, — eine solche Verfügung von einem Miterben in bezug auf seinen Anteil getroffen werden kann. OLG. **6** 317 (Colmar), R. **03** 129, RJA. **3** 229, CBlFrG. **4** 127, Elf. Lothr. JZ. **23** 100, vgl. JDR. **1** zu § 2353 I Ziff. 1.

c) Die §§ 2353, 2357 geben den Erben ganz allgemein das Recht, beim Nachlaßgerichte die Erteilung eines Zeugnisses über sein Erbrecht zu verlangen. Auch bei der zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft erschöpft sich das Recht der Erben, die Ausstellung eines Zeugnisses über diese Fortsetzung zu verlangen, beim derzeitigen Nichtvorhandensein eines Aktivvermögens, das als Sondergut zu gelten hätte, nicht in diesem Rechte, vielmehr haben die Erben neben diesem ihnen im § 1507 gewährleisteten Rechte das allgemeine Recht, einen Erbschein nach § 2353 über ihr Erbrecht zu verlangen. OLG. **7** 365 (KG.).

d) Es kommt auf den Zweck, den die Erben mit dem Erbscheine zu erreichen gedenken, nicht an, weil ihnen das Gesetz nicht die Verpflichtung auferlegt, ihr Interesse an der Erteilung des Erbscheins darzulegen. OLG. **7** 365 (KG.).

2. Der Testamentsvollstrecker hat als solcher nicht das Recht, einen Erbschein zu beantragen. Goslich, CBlFrG. **3** 385 gegen KG., CBlFrG. **2** 372, KGJ. **22** A 56, NaumbAK. **01** 90 und gegen LG. Hamburg, CBlFrG. **3** 389.

3. a) Auch im Falle des Testaments ist ein Erbschein erforderlich. Paech, DJZ. **03** 496, 497; anders **RG.** DJZ. **03** 321.

b) Die Erteilung des Erbscheins wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß über das Erbrecht Streit besteht, und der in dem Erbschein als Erbe Bezeichnete ist nicht gehindert, zu bestreiten, daß er Erbe sei. SeuffA. **58** 324 (BayrObLG.).

II. Sonstige Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins.

Das Nachlaßgericht kann behufs Erteilung eines Erbscheins unzweideutige ausdrückliche Erklärungen des hinterbliebenen märkischen Ehegatten darüber verlangen, ob er die statutarische Portion oder die Rücknahme des eigenen Vermögens wählt. KGJ. 25 A 68 (KG.).

III. Inhalt des Erbscheins.

1. Nur dasjenige Erbrecht ist durch den Erbschein zu bezeugen, das der Antragsteller für sich in Anspruch nimmt. BayrObLG., N. **03** 505; OLG. **7** 144 (KG.).

Der den Erbschein Nachsuchende hat aber auch nach den §§ 2354 bis 2357 einen bestimmten Vorschlag hinsichtlich des dem Erbschein zu gebenden Inhalts zu machen. OLG. **7** 144 (KG.).

2. Der Erbschein ist lediglich dazu bestimmt, dem Erben sein Erbrecht (§ 2353) und bei dem Vorhandensein mehrerer Erben auch die Größe seines Erbteils (§ 2357) zu bezeugen, sowie über etwaige vom Erblasser angeordnete dinglich wirkende Beschränkungen des Erbrechts Auskunft zu geben (§§ 2363, 2364, Motive V 566). Für die Aufnahme noch anderweiter Zeugnisse, insbes. des hier verlangten negativen Zeugnisses, daß den im Testamente neben dem Beschwerdeführer auf den Pflichtteil Eingesetzten ein Pflichtteil nicht zustehe, ist im Erbscheine kein Raum (vgl. Planck Anm. 4 zu § 2364). OLG. **7** 145 (KG.); vgl. JDR. **1** zu § 2353 III 1—6.

3. Die Aufnahme von Zeugnissen über Erbteilsveräußerungen in dem Erbschein ist zulässig. SächsOLG. **24** 375 (Dresden); vgl. JDR. **1** zu § 2353 III Ziff. 2.

4. Das Nachlaßgericht darf nicht einen Erbschein erteilen, in dem es bezeugt, daß der Bedachte Erbe und daß er nur mit einem Vermächtnisse bedacht, also nicht Erbe sei.

Dem erteilten Erbscheine kann allerdings die ihm nach den §§ 2365 bis 2367 zukommende rechtliche Wirkung nicht durch eine Entscheidung des Beschwerdegerichts, die die Erteilung des Erbscheins für ungerechtfertigt erklärt, sondern nur durch Einziehung oder Kraftloserklärung nach § 2361 entzogen, eine Änderung des Inhalts des Erbscheins kann deshalb im Beschwerdewege nicht erwirkt werden. SeuffA. **58** 329 (BayrObLG.).

5. Das BGB. kennt die Ausstellung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins nur in dem Falle des § 2369. Abgesehen von dieser Ausnahme ist der Erbschein nach § 2353 begrifflich ein Zeugnis über das Erbrecht, das sich als solches auf den *ganzen* Nachlaß oder auf einen bestimmten *Bruchteil desselben* erstreckt, nicht aber auf *einzelne Nachlaßgegenstände* beschränkt (vgl. Planck zu § 2353). Auch aus der Fassung des § 2369 ergibt sich, daß der dort behandelte Fall der Zulässigkeit eines gegenständlich beschränkten Erbscheins eine alleinstehende Ausnahme ist. Ein *solcher* gegenständlich beschränkter Erbschein, der *außerhalb* des Falles des § 2369 ausgestellt würde, wäre nicht ein minus als der gewöhnliche Erbschein des § 2353, sondern etwas dem Wesen desselben Zuwiderlaufendes. Deshalb kann dem Erben ein Erbschein nur über sein Erbrecht im *ganzen*, dem Miterben nur über seinen Erbteil erteilt werden, auch wenn der Erbschein nur zur Verfügung über einen *einzelnen Gegenstand* des Nachlasses gebraucht wird. OLG. **6** 316 (Colmar). Anders JDR. **1** zu § 2353 III Ziff. 10.

6. Erweist eine auf Grund des preußischen Gesetzes vom 12. März 1869 erteilte Erbbescheinigung sich als unrichtig, so ist das Nachlaßgericht berechtigt, sie einzuziehen. KGJ. **25** A 237.

IV. Wirkung des Erbscheins.

Durch § 36 GBO. soll der Grundbuchrichter grundsätzlich der eigenen Prüfung der erbrechtlichen Verhältnisse überhoben sein (Denkschrift zur GrBO. 34[1]). Man wird ihn aber für befugt halten müssen, einen auf einen Erbschein gestützten Antrag dann abzulehnen, wenn er aus den Umständen des Falles zu der Überzeugung gelangt, daß der Inhalt des Erbscheins der materiellen Rechtslage nicht entspricht (z. B. wenn ihm amtlich bekannt geworden, daß ein Testament vorhanden ist, während im Erbscheine das gesetzliche Erbrecht bezeugt wird). OLG. 6 75 (KG.).

§ 2356. 1. Die Beurkundung mittels Bezugnahme auf eine dem gerichtlichen oder notariellen Protokoll als Anlage beigefügte Schrift genügt nicht für die zur Erteilung des Erbscheins abzugebende Versicherung. Die Versicherung muß vielmehr vom Richter oder Notar, falls er zur Beurkundung die Protokollform wählt, in das Protokoll selbst aufgenommen werden. KGJ 25 A 60.

2. R. **03** 129 (Colmar), OLG. **6** 175, RJA. **3** 227, CBlFrG. **4** 135, Elf. Lothr. NotZ. **23** 109. Der Erbscheins-Antragsteller, der zum Nachweise des Todes des Erblassers und des Verhältnisses, auf dem das Erbrecht beruht, Personenstandsurkunden dem Nachlaßgericht eingereicht hat, kann dieselben, auch nachdem der Erbschein erteilt worden, nicht zurückfordern, es wäre denn, daß er seinem Antrag eine beglaubigte Abschrift jener Urkunden beigefügt hat oder daß er die Kosten einer von Gerichts wegen hergestellten beglaubigten Abschrift trägt (ebenso OLG. 5 143 (KG.). Vgl. hierzu Freudenthal R. **03** 139. Das Erbscheins-Verfahren ist vom BGB. in weitem Umfang als Offizialverfahren gestaltet. Denn nicht bloß ehe zur Erteilung des Erbscheins geschritten wird, hat das Nachlaßgericht von Amts wegen Ermittelungen behufs Feststellung der zur Begründung des Antrags auf Erbschein erforderlichen Tatsachen vorzunehmen (§ 2358, 2359 BGB.; vgl. Boschan Gruchots Beitr. **46** 294ff.). Vielmehr dauert auch über die Zeit der Erteilung des Erbscheins hinaus die Ermittelungspflicht des Gerichts fort. Denn durch Abs. 3 des § 2361 ist ihm die Verpflichtung auferlegt, über die Richtigkeit eines erteilten Erbscheins Ermittelungen zu veranstalten. Nur hat das Gericht kein Interesse daran, daß gerade die Urschrift der Urkunden den Akten eingefügt werde. Denn die Nachprüfung ermöglicht sich, ohne daß dem Antragsteller das Eigentum an den Urkunden entzogen wird. Anderer Ansicht Ritter, R. **02** 139.

3. R. **03** 211 (Colmar). Die hier dem Erbscheins-Antragsteller auferlegte eidesstattliche Versicherung kann nicht durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden. Unnötigen Härten, die hierdurch (z. B. bei Erkrankung oder weiter Entfernung des Antragstellers vom Sitze eines zur Entgegennahme der Versicherung befugten Beamten) entstehen können, kann dadurch vorgebeugt werden, daß das Nachlaßgericht von dem ihm am Schlusse des Abs. 2 eingeräumten freien Ermessen hinsichtlich der Entbindung des Antragstellers von der Versicherung Gebrauch macht. Namentlich kann es dieselbe dann erlassen, wenn es nach Veranstaltung der ihm gemäß § 2358 obliegenden Ermittelungen zu dem Ergebnisse gelangt, daß der Richtigkeit der Angaben des Antragstellers nichts entgegensteht. Ebenso Jastrow, JDR. **1** zu § 2356 Ziff. 1; Voß a. a. O.; Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 236; Weißler, Nachlaßverfahren 216; Märker, Nachlaßbehandlung 336; Planck V 651 und insbesondere Bollenbeck, DNotVZ. **03** 261ff.: Die Versicherung an Eidesstatt ist, wie allgemein anerkannt, kein Rechtsgeschäft, sondern ein Zeugnis. Ihre Beurkundung erfolgt daher auch nicht nach reichsrechtlichen, sondern nach landesrechtlichen Vorschriften. Zu beurkunden ist nach § 2356 Abs. 2 die Versicherung des Antragstellers, daß ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner nach § 2354 Abs. 1 Ziff. 3—5 und bzw. § 2355 er-

forderlichen Angaben entgegensteht. Es handelt sich hiernach lediglich um Beurkundung von Nichtwissen. Dabei ist aber jede rechtsgeschäftliche Vertretung, also auch Vertretung durch Bevollmächtigte, ausgeschlossen. A. A. Boschan, JDR. 1 zu § 2356 Ziff. 9 b und Josef, DNotV3. 03 460 ff. Wie bei der Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen, so können auch bei der Erklärung eidesstattlicher Versicherungen (also bei Schaffung bloßer Zeugnisse) die Beteiligten sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Daher ist es auch gesetzlich zulässig, daß im Verfahren betr. die Ausstellung des Erbscheins, die dem Erben obliegende eidesstattliche Versicherung durch einen Bevollmächtigten abgegeben wird. Gerichte und Notare können also die Beurkundungen derartiger Versicherungen nicht ablehnen und das Nachlaßgericht kann sie nicht als ungesetzlich und folglich unwirksam behandeln. Das Nachlaßgericht kann aber auf Grund dieser vom Bevollmächtigten des Erben abgegebenen eidesstattlichen Versicherung den Erbschein nur erteilen, wenn es sie für ebenso beweiskräftig als die persönliche des Erben hält, also wenn es auf Grund der Versicherung des Bevollmächtigten die zur Begründung des behaupteten Erbrechts erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. In diesem Falle macht das Gericht nicht von seinem Rechte Gebrauch, dem Erben die Versicherung — als nach Lage des Falles nicht erforderlich — zu erlassen, sondern der Erbe hat hier die Versicherung in gesetzlich zulässiger Weise durch den Bevollmächtigten abgegeben.

§ 2357. Hat für eine Ehe zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. der gesetzliche Güterstand nach märkischem Provinzialrechte bestanden, so muß, wenn ein Ehegatte nachher verstirbt und der überlebende Ehegatte von dem Rechte, die Erbfolge nach dem BGB. zu wählen, keinen Gebrauch macht, aber auch die Erbschaft nicht in der gesetzlichen Form und Frist ausschlägt, der zu erteilende gemeinschaftliche Erbschein im Falle der gesetzlichen Erbfolge angeben, daß der hinterbliebene Ehegatte an dem Nachlasse des verstorbenen keinen Teil habe oder daß er zur Hälfte der unter Einwerfung seines Vermögens gebildeten Nachlaßmasse und daß die Miterben zur anderen Hälfte Erben geworden seien. KGJ. **25** A 68 (KG.).

§ 2358. Die im § 2358 dem Nachlaßgericht auferlegte Offizialtätigkeit, namentlich auch der dort vorgesehene Erlaß einer öffentlichen Aufforderung hat das Vorliegen eines den Erfordernissen der §§ 2354 ff. entsprechenden Antrags auf Erteilung eines Erbscheins zur Voraussetzung.

Der die Erteilung eines Erbscheins beantragende Testamentsvollstrecker muß hierbei stets angeben, für welche Personen der Erbschein ausgestellt werden soll und daß diese die Erbschaft angenommen haben. KGJ. **26** A 62, RJA. **3** 181, ZBlFrG. **3** 668, OLG. **7** 126.

§ 2359. Der Antrag eines gesetzlichen Erben auf Erteilung eines Erbscheins darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil nach dem Inhalt eines Testaments möglich sei, daß darin ein anderer Erbe eingesetzt worden sei. Vielmehr muß das Nachlaßgericht, wenn die sonstigen Erfordernisse für die Erteilung des Erbscheins vorliegen, sich bestimmt über die Rechtsfrage aussprechen, ob das Testament eine Erbeseinsetzung enthält oder nicht. KGJ. **25** A 64.

§ 2360. 1. Der § 2360 legt, abweichend von dem § 2071 Abs. 2 des Entwurfs (Mot. V 560, 562), auch der Anhängigkeit eines Rechtsstreits über das Erbrecht nicht die Bedeutung bei, daß die Erteilung des Erbscheins einstweilen auszusetzen wäre (Prot. V 680, 681). Das Nachlaßgericht darf den Erbschein nach § 2359 nur erteilen, wenn es die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen, für deren Ermittelung es nach § 2358 Sorge zu tragen hat, für festgestellt erachtet, es darf aber die Erteilung des Erbscheins nicht deswegen verweigern, weil ihm die Geltung oder der Inhalt einer in Betracht

kommenden Rechtsnorm zweifelhaft erscheint. Der Richter ist auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit ebenso zur Anwendung des Gesetzes berufen wie in der streitigen Gerichtsbarkeit, er darf hier ebensowenig wie dort die Entscheidung wegen Zweifelhaftigkeit des anzuwendenden Rechtes ablehnen. SeuffA. 58 196 (BayrObLG.).

Ebenso JDR. **1** zu §§ 2358 und 2359 sowie KG., SeuffA. **58** 40: Der Erbschein ist ein vom Nachlaßgerichte dem Erben auf Antrag zu erteilendes Zeugnis über sein Erbrecht (§ 2353). Er ist nur zu erteilen, wenn das Nachlaßgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet (§ 2359) und er begründet die Vermutung, daß demjenigen, welcher darin als Erbe bezeichnet ist, das angegebene Erbrecht zustehe (§ 2365). Ergibt sich, daß der erteilte Erbschein unrichtig ist, so hat ihn das Nachlaßgericht einzuziehen (§ 2361). Der Erbschein darf danach nur erteilt werden, wenn das Gericht die Überzeugung erlangt hat, daß das zu bescheinigende Erbrecht besteht. — Bei Prüfung der Frage, wer als Erbe anzusehen sei, hat das Nachlaßgericht Tatsachen, die bei ihm offenkundig sind, nicht außer acht zu lassen (§ 2358 Abs. 1; vgl. KGJ. **23** A 66).

Daß eine dem Nachlaßgerichte gemäß § 1945 in öffentlich beglaubigter Form erklärte Ausschlagung als eine bei dem Nachlaßgericht offenkundige Tatsache zu betrachten ist, kann nicht bezweifelt werden; vgl. Motive zum BGB. § 2070 V 561.

Ebenso auch Josef, CBlFrG. 3 600 ff.: Beantragt der Erbe die Erteilung des Erbscheins und widerspricht jemand unter dem Vorgeben, der richtige Erbe zu sein, diesem Antrag, oder beantragt jemand, daß der dem angeblichen Erben erteilte Erbschein als unrichtig eingezogen werde, und geben die vom Nachlaßgericht angestellten Ermittelungen Anlaß zu Zweifeln an der Richtigkeit des erteilten Erbscheins, so kann das Nachlaßgericht das Verfahren nicht aussetzen bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts; es hat vielmehr eine positive selbständige Entscheidung über den Antrag auf Erteilung oder Entziehung des Erbscheins zu treffen. Dies folgt aus § 2360, wonach das Gericht, selbst wenn über das Erbrecht ein Rechtsstreit anhängig ist, die Pflicht selbständiger Prüfung und Bewertung der Angaben des Antragstellers hat; um so mehr muß dies also gelten, wenn das Erbrecht zwar bestritten, aber noch nicht rechtshängig ist.

2. Plotke wendet sich im CBlFrG. **3** 377 gegen die Anordnung, vor Erteilung des Erbscheins „die Interessierten" als Zeugen und Auskunftspersonen zu hören, weist auf die Möglichkeit der daraus entspringenden Mißstände hin und macht in eingehender Begründung Vorschläge de lege ferenda.

§ 2361. 1. Dem erteilten Erbscheine kann die ihm zukommende rechtliche Wirkung (§§ 2365, 2367) nicht durch eine Entscheidung des Beschwerdegerichts, die die Erteilung des Erbscheins für ungerechtfertigt erklärt, sondern nur durch Einziehung oder Kraftloserklärung nach § 2361 entzogen, eine Änderung des Inhalts des Erbscheins kann deshalb im Beschwerdewege nicht erwirkt werden; es besteht kein Hindernis, im Wege der Beschwerde zu beantragen, daß die Einziehung angeordnet werde. BayrObLG., DJZ. **03** 34.

2. Die Anfechtung der Erteilung des Erbscheins im Wege der Beschwerde ist statthaft. — Die Aufhebung oder Abänderung des Erbscheins wird durch Verfügung des Beschwerdegerichts nicht erreicht, vielmehr kann mit der Beschwerde darüber, daß der Erbschein unrichtig sei, nur bewirkt werden, daß er eingezogen oder für kraftlos erklärt wird. (Bericht der Reichstagskommission 49; Birkenbihl, FrGG. § 84 Anm. 1 und 4; Dronke, FrGG. Vorbem. 6 zu § 84). OLG. Jena, ThürBl. **50** 120.

§ 2365. Aus diesem Paragraphen entspringt die Verpflichtung des Nachlaßgerichts, Beschränkungen des Erben in seiner Verfügung über den Nachlaß (nicht bloße Beschwerungen, z. B. Vermächtnisse § 2147) in den Erbschein aufzunehmen. R. 03 81 (Colmar); ElsLothrNotZ. 23 42.

§ 2367. Das Verlangen des Schuldners, daß sich der Erbe des Gläubigers vor der Zahlung durch Vorlegung eines Erbscheins legitimiere, ist unberechtigt. Die Vorlegung eines formgültigen Testaments genügt.

Ein Satz, daß der Nachweis des Erbrechts den Schuldnern gegenüber nur durch einen Erbschein geführt werden könne, wäre etwas so Außerordentliches, insbesondere auch dem Preußischen Rechte, an welches die Bestimmungen über den Erbschein sich angelehnt haben, so Widersprechendes, daß er einer ausdrücklichen Festsetzung bedurft haben würde. Ein solcher Satz ist aber im BGB. nirgends ausgesprochen. Dazu aber kommt, daß sich aus der Entstehungsgeschichte der §§ 2366, 2367, insbesondere den Protokollen der II. Kommission V 686, 687 klar ergibt, daß ein solches Recht des Schuldners, die Vorlegung eines Erbscheins verlangen zu können, nicht gewollt ist. Ein solches Recht würde auch, wie schon die zweite Kommission erwog, in vielen Fällen zu einer geradezu unerträglichen Belästigung der Erben, zu unnützen Kosten und Verzögerung der Nachlaßregulierung führen. **RG. 54** 344, JW. **03** Beil. 84, SeuffA. **58** 467, DJZ. **03** 321.

§ 2368. 1. Marcus, CBlFrG. **3** 830 gegen DJZ. **03** 199:

a) Der Antrag auf Erteilung des Zeugnisses aus §§ 2368 ff. berechtigt zu der Feststellung, es habe der Testamentsvollstrecker gleichzeitig die Annahme des Amtes erklärt.

b) Das Nachlaßgericht hat gemäß § 2361 von Amts wegen das kraftlose Zeugnis einzuziehen. Ebenso kann der Erbe selbst nach § 2362 die Herausgabe des kraftlosen Zeugnisses an das Nachlaßgericht im Wege der Klage verlangen.

c) Annahme und Beginn des Amtes ist notwendige Voraussetzung für die Erteilung des Zeugnisses, nur die Frage nach dem Fortbestehen des Amtes bleibt offen, kann aber von jedem Beteiligten auf Grund des § 78 oder § 85 FrGG. zur Lösung geführt werden.

2. Das dem Testamentsvollstrecker auf seinen Antrag erteilte Zeugnis enthält für den Dritten die Sicherheit, daß das Amt des Testamentsvollstreckers wirklich begonnen hat. Helm, DJZ. **03** 343, gegen Bolk, DJZ. **03** 199, 200. Ebenso Jastrow, JDR. **1** zu § 2368 Ziff. 1.

3. Ein privatschriftlicher Nachzettel, der, insbesondere mit dem in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Testament, eröffnet und ausgefertigt ist, hat nach dem Rechte des BGB. für den Grundbuchverkehr nicht die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde. Der Inhalt des Nachzettels könnte daher für den Grundbuchrichter als Grundlage für eine Eintragung nur dann in Betracht kommen, wenn der Inhalt der letztwilligen Verfügung in eine dem § 2368 entsprechende Bescheinigung Aufnahme gefunden hätte (§§ 29, 36 GBO.). KGJ. **25** A 279.

Neunter Abschnitt.

Erbschaftskauf.

§ 2372. Kreß, Erbengemeinschaft 176 ff.: Anwendung der Dispositivvorschriften in §§ 2372 ff. auf die Veräußerung von Erbteilen.

§ 2374. Der Vertrag, durch den der Alleinerbe oder sämtliche Miterben die Erbschaft im ganzen veräußern, hat nach § 2374 nur obligatorische Wirkung;

es bedarf daher zur Übertragung des Eigentums an den einzelnen Nachlaßgrundstücken noch der Auflassung (s. Planck, Vorbem. I z. Abschn. d. V. Buches). Dagegen kann ein Miterbe gemäß § 2033 über seinen Anteil an der Erbschaft mit dinglicher Wirkung verfügen, ohne daß hinsichtlich seines Anteils an den einzelnen Nachlaßgrundstücken eine Auflassung erforderlich wäre.

Art. 213 EG. z. BGB. gilt für jedes die Ungeteiltheit aufhebende Rechtsgeschäft unter den Miterben, dagegen nicht für die Aufhebung der Ungeteiltheit durch Veräußerung an Dritte. Schröder, Grundbuchentscheidungen II 80.

§ 2382. Kreß, Erbengemeinschaft 179 ff.: Haftung für die Nachlaßschulden bei Veräußerung von Erbteilen. Ebenda 184 ff.: Nießbrauchs-Pfandrecht an Erbteilen. Pfändung von Erbteilen und Durchführung der Zwangsvollstreckung in solche.

§ 2385. Unter dem arglistigen Verschweigen im § 2385 (wie auch an anderen Stellen) versteht das BGB. ein Verschweigen in der Absicht, den Gegenkontrahenten zu täuschen. **RG. 55** 213 f.

Einführungsgesetz.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

Art. 1. Rechtsprechung. Weder das BGB. noch das EG. enthalten allgemeine Bestimmungen über die zeitliche Wirksamkeit der Rechtsnormen. Der Gesichtspunkt der wohlerworbenen Rechte wurde als nicht geeignet zur Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes angesehen. **RG. 54** 149, JW. **03** Beil. 52.

Art. 2. Zitelmann, Lücken im Rechte, Rektoratsrede, 1903 (vgl. v. Bonin, GoltdArch. **51** 239):

Für die Rechtsanwendung sind Lücken im Rechte solche Fälle, in denen das positive Recht für einen vorgelegten Fall keine Entscheidung gewährt (5). In den Fällen, in denen man gewöhnlich von Lücken spricht, handelt es sich in Wahrheit darum, daß für besondere Tatbestände eine besondere, von den allgemeinen Regeln abweichende rechtliche Behandlung im Gesetze vermißt wird. Lückenausfüllung bedeutet, daß der Richter eine allgemeine Regel für diese besonderen Tatbestände durchbricht und für sie einen neuen Rechtssatz, meist in Weiterbildung anderer, schon vorhandener Sondersätze findet (24—25).

Von diesen sog. unechten Lücken sind solche Fälle, in denen das Gesetz eine Antwort überhaupt schuldig bleibt und eine Entscheidung gar nicht möglich ist, obwohl sie getroffen werden muß, zu unterscheiden (echte Lücken). Das Gesetz gibt zwar einen positiven Satz, nach dem zu entscheiden ist, läßt aber innerhalb dieses Satzes ein einzelnes Moment unbestimmt (27). Oder das Gesetz ordnet eine Wahl für gewisse Gelegenheiten an, unterläßt es jedoch, über die Art der Wahl oder der Ermittelung des Gewählten nähere Bestimmungen zu geben (28—29). In den Fällen der unechten Lücken sagt das Gesetz alles, was an allgemeinen Sätzen überhaupt zu sagen ist, und läßt eine Unbestimmtheit nur, damit der Richter die Eigentümlichkeiten jedes einzelnen Falles berücksichtigen, z. B. die Strafe je nach den individuellen Umständen abstufen kann. Bei den wirklichen Lücken aber fehlt es, bevor noch die individuellen Umstände gerade dieses einzelnen Falles in Betracht zu ziehen sind, sogar an den näheren abstrakten Regeln für derartige Fälle. Danach ist auch die Stellung des Richters verschieden (31 ff.).

Art. 3. Stammler, Privilegien und Vorrechte, Rektoratsrede, 1903: Privilegien und Vorrechte sind voneinander verschieden (8 ff.); diese sind Rechtsfolgen, die von einer verhältnismäßig allgemein bestimmten Rechtsfolge durch ihren ungleichartigen Inhalt abweichen, bei jenen kommt es außer auf die Ungleichartigkeit im Inhalte der Rechtsfolgen auch darauf an, daß sie durch besondere Anordnung gerade als einzeln eintretende Rechtsfolge geschaffen sind. Ein Gesetz in jedem einzelnen Falle ist — entgegen der herrschenden Lehre — hierzu nicht nötig. Ein Privileg ist nur die Ausführung eines es gestattenden Rechtssatzes, also eine Willenserklärung, die nach einem dazu ermächtigenden Gesetz auf Begründung eines Vorrechts gerichtet ist (19). Folgerungen:

1. Der Satz jura novit curia findet auf Privilegien, weil sie keine Gesetzgebungsakte sind und kein objektives Recht schaffen wollen, keine Anwendung. Der Beweis für sie ist nicht als ein solcher von Rechtssätzen zu führen (ZPO. § 293).

2. Die Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen und Verordnungen kommt bei Privilegien nicht in Betracht, sondern sie sind wie juristische Tatsachen im allgemeinen zu beurteilen.

3. Auch für ihre Bekanntmachung sind andere Grundsätze als für Gesetze zu beobachten.

Privilegien als eigene Anordnungen zu besonderen Vorrechten sind zulässig (20 ff.), aber von Rechtsakten, die auf die Erschaffung objektiven Rechtes hinzielen, z. B. der Autonomie der landesherrlichen Familien und des hohen Adels — aufrechterhalten durch EG.z.BGB. Artt. 57, 58 — und vom Polizeiverordnungsrechte, das im Gegensatze zur Autonomie nur zur Ergänzung allgemeiner staatlicher Gesetze nach Landesrecht vorgesehen ist und ihm nicht widersprechen darf, zu unterscheiden.

Die ungleiche Rechtsfolge muß durch einen staatlichen Sonderausspruch herbeigeführt sein.

Eine allgemeine Privilegienhoheit irgend eines Staatsorgans kann für das heutige Recht nicht behauptet werden (22, 23). Privilegien sind als Ausführung eines ermächtigenden Gesetzes zu nehmen. Da eine sie gestattende Rechtsnorm als durchgreifende Regel bei uns nicht besteht, ist die Frage ihrer Zulässigkeit für das heutige Recht nur mit einer Reihe einzelner Rechtssätze zu beantworten (24).

Die Privilegien im heutigen deutschen Reichs- und Landesrechte sind im BGB. enthalten, überwiegend privatrechtlich und zerfallen in drei Gruppen, die subjektive Rechte in der verschiedenen Bedeutung dieses Wortes betreffen: 1. im Sinne von gesetzlichen Voraussetzungen zu Rechtsverhältnissen, z. B. die Volljährigkeitserklärung eines Minderjährigen (§ 3 BGB.), Befreiung von den gesetzlichen Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt (§ 1745); 2. oder für den Bestand dieser in Begründung und Endigung, z. B. Ehelichkeitserklärung durch Verfügung der Staatsgewalt (§ 1723), Erteilung von Patenten; 3. oder als einzelner Anspruch aus begründeten Rechtsverhältnissen, z. B. Begnadigungen bei Verurteilung durch Gerichte des Reichs.

Die Privilegien nach Landesrecht (25 ff.) sind nicht — entgegen der herrschenden Meinung — nach dem Inkrafttreten des BGB. als wohlerworbene Rechte bestehen geblieben, vielmehr wird es in jedem einzelnen Falle vorher entstandener Privilegien und Vorrechte auf den besonderen Sinn des jetzt eingreifenden Reichsgesetzes ankommen. Demnach sind zu unterscheiden:

1. Alte, durch das heutige Reichsrecht beseitigte Privilegien, so z. B. das Recht der Städte auf Schiffs- und Flößereiabgaben.

2. Andere, dem Bestande nach zwar aufrechterhaltene, aber in ihren einzelnen Folgen abgeänderte Privilegien, z. B. für die alten Schuldverschreibungen auf den Inhaber (Art. 174 EG.).

3. In einer Reihe von Fällen ist durch die Reichsgesetzgebung das Fortbestehen von alten Privilegien ausdrücklich zugelassen, so in Artt. 153, 155 ff., 164, 167 (Pr. G. 3. 8. 97), 209, 212, 216.

Die Zulässigkeit von alten Privilegien besteht überall da weiter, wo die Reichsgesetzgebung dem Landesrecht überhaupt Spielraum gelassen hat:

1. Die Voraussetzung der Rechtsfähigkeit kommt hier für religiöse Vereine in Frage. Art. 84 EG., Pr. Verf. Art. 13.

2. Für den Bestand von Rechtsverhältnissen, so die Verleihung des Bergwerkseigentums EG. Art. 67, Pr. Allg. BergG. § 50; die Enteignung von Grund-

eigentum Art. 109 (Pr. Ges. v. 11. 6. 74), ALR. I. 11, 4 ff., II. 7, 11; anderweite Verteilung von Bauplätzen bei Wiederaufbau EG. Art. 110; Verleihung einer Mühlengerechtigkeit EG. Art. 65; Überlassung von Regalien EG. Art. 73; Konzession von Gewerben, die dem Landesrechte überlassen ist, z. B. Apotheken, ALR. II. 8, 1 ff., RGO. §§ 6, 7, 10.

3. Privilegierte Einzelfolgen nach Landesrecht: EG. Art. 118 (Pr. G. 13. 5. 79 §§ 11 ff.): Vorzugsrechte für Darlehen für Drainierungsanlagen, vorzugsweise Nutzungsrechte an öffentlichen Wegen; Begnadigung; die bestrittene Stempelbefreiung; der gesetzlich geregelte mögliche Steuererlaß; Pr. G. 24. 6. 91 § 64.

Privilegien sind auch nach heutigem Rechte als einseitige Willenserklärungen zu behandeln und als solche auszulegen. Nach § 133 BGB. ist zunächst der wirkliche Wille des zu der einseitigen Verfügung Berechtigten zu ermitteln, bei dauerndem Zweifel aber das Ergebnis einzusetzen, das sich nach sachlich richtiger Erwägung herausstellt. Die besonderen Auslegungsregeln des ALR. Einl. §§ 54 bis 58, II. 14 §§ 4—8, 33 sind auch als noch geltend anzusehen, denn sie gehören nicht zu den privatrechtlichen Vorschriften des Art. 55 EG.z.BGB.

Rechtsprechung. Art. 3 räumt der Landesgesetzgebung die Befugnis zur Änderung landesgesetzlicher Vorschriften unumschränkt ein, soweit nach den Vorschriften dieses Gesetzes die bisherigen Landesgesetze unberührt bleiben. **RG. 54** 21, 204.

Art. 4. Über die in Art. 4 enthaltene Verweisung s. Stranz, Verhältnis des Reichsprivatrechts zum Landesprivatrecht, Holtzendorff Enzyklopädie I 787—791.

Allgemeine Fragen.

I. Für analoge Ausdehnung der in den Artt. 7 ff. an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden einseitigen und unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen (s. JDR. **1** 329 ff.) haben sich entschieden: KG., Böhms Z. **13** 419 (Legitimation, Art. 22); OLG. Colmar, Böhms Z. **14** 429 (Erbrecht, Artt. 24, 25); Amtsgericht Gera, Böhms Z. **14** 401 (eheliches Kindesverhältnis, Art. 19); Planck Anm. 1 zu Art. 13, Anm. 1 zu Art. 14, Anm. 1 zu Art. 15, Anm. 1 zu Art. 18, Anm. 2 zu Art. 19, Anm. 1 zu Art. 20, Anm. 5 zu Art. 22, Anm. 1 zu Art. 25.

II. Die Pflicht, sich soweit möglich auch über ausländisches Recht Gewißheit selbst zu verschaffen, ist ein nobile officium judicis; denn der deutsche Richter ist um der Interessen des Recht suchenden Publikums willen da und er darf ihnen deshalb die Verfolgung ihrer Interessen nicht unnötig erschweren. KG. Böhms Z. **14** 89.

III. Nach den Bestimmungen über die zeitliche Herrschaft des neuen Rechtes ist zu prüfen, welches örtliche Recht anzuwenden ist. OLG. Dresden, Böhms Z. **14** 92. Vgl. zu der Frage auch: Cavaglieri, Diritto internazionale privato e diritto transitorio, 1904.

IV. (ZPO. §§ 549, 550.) Nicht nur auf die Verletzung der Kollisionsnormen (Artt. 7—31), sondern auch auf die Verletzung des kraft der Kollisionsnormen zur Anwendung kommenden Auslandsrechts kann die Revision gestützt werden. Klein, Böhms Z. **13** 353.

Einzelfragen.

I. Persönlichkeitsrechte. Namenrecht. Juristische Personen (Artt. 7, 10).

Nach den im EGzBGB. zur Geltung gelangten Grundsätzen ist für die Beurteilung der allgemeinen Persönlichkeitsrechte eines Menschen als Personalstatut das Recht desjenigen Staates maßgebend, dem er angehört. Dies gilt insbesondere vom Namenrecht. KG., Böhms Z. **13** 417.

In der wissenschaftlichen Literatur (Planck zu Art. 10; Niemeyer, Das IPR. des BGB. 130; Barazetti, Das IPR. des BGB. 30; Kuhlenbeck Art. 40; Staub zu § 178 HGB. Anm. 10; Fuld, Böhms Z. **11** 265) und in der Judikatur (OLG. Kiel, Böhms Z. **12** 469; OLG. Hamburg, **14** 69, 163) wird Art. 10 überwiegend dahin interpretiert, daß er den Grundsatz stillschweigend voraussetzt: „Die Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen wird nach dem an ihrem Sitze geltenden Rechte beurteilt". Der Art. 10 enthalte nur eine dieselben Grundsätze einschränkende Ausnahmevorschrift, aus welcher die Geltung jener Regel geradezu zu folgern sei (Planck). Die Worte „Verein, der die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach den Vorschriften der §§ 21, 22 BGB. erlangen könnte", seien streng zu interpretieren, so daß insbesondere die ganze Materie der im BGB. nicht geregelten Handelsgesellschaften und Genossenschaften von Art. 10 unberührt bleibe und somit für diesen der Regelsatz uneingeschränkt zur Anwendung komme.

Ein Urteil des II. Zivilsenats des OLG. Hamburg, Böhms Z. **14** 64, hatte sich übereinstimmend mit Neumann zu Art. 10 II 1 auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt und in Ermangelung eines Bundesratsbeschlusses gemäß § 23 (Art. 10) nur solchen ausländischen Haudelsgesellschaften Rechtsfähigkeit zugestanden, welche den Normativbestimmungen der deutschen Reichsgesetzgebung entsprechen. Spätere Urteile des III. und des V. Senats desselben Gerichts (Böhms Z. **14** 69, 163) haben sich für die oben als überwiegend bezeichnete Auffassung entschieden.

II. Deliktsobligationen (Art. 12).

Art. 12 enthält den Grundsatz der lex loci delicti commissi. Nach diesem Grundsatze bestimmen sich auch die Wirkungen der durch Drohung veranlaßten Übergabe eines Wechsels. **RG.** Böhms Z. **13** 173.

Deliktsansprüche können auf Grund einer durch briefliche Mitteilung aus einem Rechtsgebiet in ein anderes begangene Handlung nur dann erhoben werden, wenn sowohl das Recht des Absendungsorts als dasjenige des Empfangnahmeorts den Anspruch anerkennt. **RG.** Böhms Z. **13** 171.

III. Eherecht (Artt. 13, 11, 17).

Art. 11. Abs. 3. Anerkennung einer nach jüdischem Ritus im Staate New-York geschlossenen Ehe. **RG.** Böhms Z. **14** 70.

Art. 13. Nichtigkeitserklärung einer von zwei Deutschen in London entgegen dem § 1312 BGB. geschlossenen Ehe. OLG. Hamburg, Böhms Z. **14** 71.

Art. 17 (und § 328 ZPO.). Ein ausländisches Ehescheidungsurteil, welchem nach § 328 ZPO. wegen Verletzung der Grundsätze des deutschen internationalen Privatrechts die Anerkennung zu versagen ist, kann gleichwohl insofern Anerkennung vor deutschen Gerichten finden, als dadurch der gute Glaube der in dieser Weise geschiedenen Ehegatten hinsichtlich der Gültigkeit einer von einem derselben demnächst eingegangenen neuen Ehe begründet wird. Die neue Ehe, welche infolge der Nichtanerkennung der vorhergegangenen Ehescheidung vor deutschen Gerichten nicht als gültig anzuerkennen ist, ist infolge jenes guten Glaubens kein Ehescheidungsgrund bezüglich der ersten Ehe, weder unter dem Gesichtspunkte der Bigamie noch demjenigen des Ehebruchs. Der Bestand der ersten Ehe wird auch nach dieser Richtung hin durch das ausländische Ehescheidungsurteil und dessen Folgen nicht erschüttert. KG., Böhms Z. **14** 74.

IV. Eltern- und Kindesverhältnis.

Art. 22. In Art. 22 liegt nur eine spezielle Anwendung des Satzes, daß für die Legitimation das Personalstatut des Legitimierenden maßgebend ist.

Für die Legitimation eines Kindes im Verhältnisse zu einem ausländischen (im gegebenen Falle: ungarischen) Vater ist daher das Heimatrecht des letzeren maßgebend. KG., Böhms Z. **13** 419.

V. Vormundschaftsrecht.

Art. 23. Da nach dem Rechte der Vereinigten Staaten von Amerika die Vertretungsbefugnisse eines dort bestellten Vormundes sich nicht auf ausländische Grundstücke erstrecken, so ist die Voraussetzung des Art. 23 gegeben, wenn es sich um die Notwendigkeit der Vertretung amerikanischer Minderjähriger hinsichtlich deutscher Immobilien handelt, auch wenn dem Minderjährigen in Amerika ein Vormund bestellt ist. Es muß neben dem amerikanischen Vormund in Deutschland ein Pfleger bestellt werden. KG., Böhms Z. **13** 153. (Niemeyer weist ebenda 154 Anm. nach, daß das gleiche auch hinsichtlich des in Deutschland befindlichen Mobiliarvermögens gelte.)

Die Einleitung einer Vormundschaft über einen Ausländer darf erst dann stattfinden, wenn festgestellt ist, daß dessen Heimatstaat im gegebenen Einzelfalle die Fürsorge nicht übernehmen will. OLG. Rostock, Böhms Z. **13** 177; KG., Böhms Z. **13** 420.

Die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 hat das Vormundschaftsgericht von Amts wegen zu ermitteln. KG., Böhms Z. **14** 77.

Sofern nach dem Rechte der belegenen Sache eine außerhalb dieses Rechtsgebiets angeordnete Vormundschaft nicht anerkannt wird, wie dies im besonderen in den Gebieten des englischen und nordamerikanischen Rechtes der Fall ist, so richtet sich die besondere Fürsorge für die in diesem Rechtsgebiete wahrzunehmenden Interessen des Mündels nach dem dortigen Rechte. Neumann, BGB. (3) III 42.

Eine analoge Ausdehnung dieser Ausführungen muß auch für die elterliche Gewalt gelten. LG. Posen, PosMschr. **03** 4, 5.

VI. Erbrecht.

Artt. 24, 25. Für die Beerbung eines zur Zeit des Todes im Auslande wohnhaft gewesenen und daselbst gestorbenen Ausländers (Franzosen) ist dessen Heimatrecht maßgebend. Da das französische Recht hinsichtlich des Immobiliarnachlasses auf die lex rei sitae verweist, so ist bezüglich der in Deutschland belegenen Nachlaß-Immobilien des französischen Erblassers das deutsche Erbrecht, für den Mobiliarnachlaß das französische Erbrecht maßgebend. Demgemäß ist ein Erbschein auf Grund des § 2369 BGB. zu erteilen. OLG. Colmar, Böhms Z. **13** 429.

Die deutschen Gesetzesbestimmungen über Pflichtteilsrecht und Erbunwürdigkeit (BGB. §§ 2303—2345) haben keinen zwingenden (absoluten) Charakter. Klein, Böhms Z. **12** 87 ff., in Übereinstimmung mit Niemeyer, IPR.

Klein, Böhms Z. **12** 444 ff., führt aus, daß für den Erbschaftskauf als obligatorisches Geschäft zwischen Lebenden das Personalstatut des Erblassers nicht maßgebend ist, folglich Art. 24 keine Anwendung findet. (Gegen Niedner 60 Art. 24 und Staudinger 47 Art. 24, in Übereinstimmung mit Planck 79 Art. 24.)

Art. 25. (§ 73 FrGG.). Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte zur Abhandlung der Nachlässe ausländischer Erblasser ist nicht dadurch bedingt, daß (gemäß Artt. 25, 27) für den Erbfall deutsches Erbrecht maßgeblich ist. Vielmehr ist § 73 grundsätzlich auch auf solche Ausländernachlässe anzuwenden, für welche ausländisches Erbrecht maßgebend ist. Nur kommen in letzterem Falle diejenigen Verrichtungen des Nachlaßgerichts in Wegfall, welche mit dem maßgebenden ausländischen Erbrecht unvereinbar sind. Welche Verrichtungen dies sind, muß

im einzelnen an der Hand des maßgeblichen Auslandsrechts festgestellt werden. Niemeyer, Böhms Z. **13** 21 ff. — Unbedingt anwendbar, auch auf Ausländernachlässe, sind danach: §§ 1960, 1961 (Sicherungsmaßregeln); §§ 2259 bis 1962 BGB.; § 83 FrGG. (Herbeischaffung und Bekanntmachung letztwilliger Verfügungen); §§ 86 bis 98 FrGG. (Erbauseinandersetzung); §§ 2369, 2353 ff., 2368, 1507 (Erbschein, Zeugnis für den Testamentsvollstrecker, Zeugnis über die fortgesetzte Gütergemeinschaft); §§ 1964 ff. (Feststellung des Erbrechts des Fiskus); §§ 2146, 2384 BGB. (Entgegennahme der Anzeige der Nacherbfolge und des Erbschaftsverkaufs). Auch die in §§ 1945, 1955, 1993, 2081, 2281, 2198, 2202, 2384, 1491, 1492 BGB. vorgesehenen Erklärungen muß das deutsche Nachlaßgericht stets entgegennehmen. Aber auch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger (§§ 1970 ff. BGB.), die Nachlaßverwaltung (§§ 1981 ff. BGB.) und die die Inventarerrichtung betreffenden Verrichtungen (§§ 1993, 1999, 2003—2006 BGB.) hat das nach § 73 FrGG. zuständige Nachlaßgericht unbedingt vorzunehmen. — Dagegen ist die „Zuständigkeit" zu den in den §§ 1994 ff., 2205 Abs. 2 BGB. (Setzung der Inventarfrist); §§ 2200, 2216, 2224, 2227 BGB. (Testamentsvollstreckung); §§ 2151 ff., 2192, 2193 (Fristtellung bei Alternativvermächtnissen und -Auflagen); § 83 BGB. (Stiftungsgenehmigung) bezeichneten Verrichtungen bedingt durch den Inhalt des materiell maßgebenden Erbrechts.

Entgegengesetzt: KG. Böhms Z. **14** 157; OLG. Rostock, Böhms Z. **14** 177.

(§ 990 ZPO.) Die Zuständigkeitsbestimmung des § 990 ZPO. wird durch Art. 25 nicht berührt. Sie ist maßgebend, gleichviel ob auf den Erbfall materiell deutsches oder ausländisches Recht anzuwenden ist. Niemeyer, Böhms Z **13** 61.

von der Pfordten, Die Behandlung des Nachlasses von Ausländern mit besonderer Rücksicht auf die bayerischen Verhältnisse (München 1903, Schweitzers Verlag, Arthur Sellier) erörtert die Frage, inwieweit ein deutsches Nachlaßgericht sich mit der Behandlung des Nachlasses eines Ausländers zu befassen habe. Er gelangt, teilweise im Gegensatze zu der herrschenden Meinung (Planck Bem. 3 zu Art. 25, Dorner, Komm. z. FrGG. 346, 347) und auch zu Niemeyer, Böhms Z. **13** 21 ff., zu der Anschauung, daß § 73 FrGG. die Frage nicht löst, die Zuständigkeit aber auch nicht schlechthin wegen der Anwendung ausländischen Rechtes ausgeschlossen ist, es vielmehr — ähnlich wie in Art. 23 — darauf ankommt, ob der Heimatstaat die nachlaßgerichtliche Fürsorge für seine in Deutschland verstorbenen Angehörigen selbst übernimmt. Die Zuständigkeit der deutschen Nachlaßgerichte ist jedoch auch dann in zahlreichen Ausnahmefällen anzunehmen, insbesondere liegt diesen stets die Nachlaßsicherung, Verkündung letztwilliger Verfügungen, Erbscheinserteilung nach § 2369 BGB. ob, ferner die ganze Nachlaßbehandlung, falls Deutsche als Erben beteiligt sind. — Die bestehenden Staatsverträge werden dahin ausgelegt, daß sie grundsätzlich von der Zuständigkeit der inländischen Gerichte ausgehen.

VII. Rechtsgeschäftliche Obligationen.

Für Vertragsobligationen ist in erster Linie das Recht maßgebend, welchem die Vertragschließenden das Verhältnis haben unterstellen wollen, in zweiter Linie das Recht des Erfüllungsorts. OLG. Karlsruhe, Böhms Z. **13** 412, **14** 80; OLG. Hamburg. Böhms Z. **13** 426, 427, **14** 79, 80, 85, 86, 404, 408.

Bei gegenseitigen Verträgen ist für jede der beiderseitigen Verpflichtungen das Recht des Ortes, wo sie ihre Erfüllung zu finden haben, maßgebend. Für die Verpflichtungen des Verkäufers ist daher regelmäßig das Recht seines Wohnsitzes maßgebend, für diejenigen des Käufers das Recht des Wohnsitzes des

Käufers. Darum sind aber nicht etwa die rechtlichen Folgen eines dem Käufer zur Last fallenden Verzugs ausschließlich nach dem Rechte des Ortes zu richten, wo er zu erfüllen hat. Namentlich ist die Frage, inwiefern die Erfüllungspflicht des Verkäufers durch den Verzug des Käufers eingeschränkt oder aufgehoben wird, nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, wo der Verkäufer zu erfüllen hat. RG. Böhms Z. 13 422, 424, 426.

Aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft folgt, daß der Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung sich nach dem Inhalte der Grundschuld richtet und insofern das für die letztere maßgebende Recht auch den Inhalt der Bürgschaftsschuld bestimmt. Man kann daher sagen: „Was" der Bürge zu leisten hat, wird durch das Recht des Erfüllungsorts der Hauptschuld bestimmt. Dagegen bestimmen sich im übrigen die Voraussetzungen für Verpflichtung des Bürgen („ob" er zu leisten hat) und die bürgschaftsrechtlichen Modifikationen (beneficium cedendarum actionum, gesetzlicher Eintritt des zahlenden Bürgen in die Forderung des Bürgen 2c.) nach dem Rechte des Wohnsitzes des Bürgen als dem Rechte des Erfüllungsorts seiner Verpflichtung. RG. **54** 311 ff., Böhms Z. **13** 423, JW. **03** 251. — S. o. zu § 765 BGB. Ziff. 3.

Die im Inlande mit einer im Reichsgebiete zum Geschäftsbetriebe zugelassenen Versicherungsunternehmung abgeschlossenen Versicherungsverträge sind in der Regel nach deutschem Rechte zu beurteilen. Wörner, Böhms Z. **13** 366ff.

Verlagsverträge mit einem Ausländer: Isaac, Böhms Z. **13** 374.

Konnossement. Der Umfang der für den Reeder durch ein Konossement gegenüber dem Inhaber begründeten Verbindlichkeit bestimmt sich, wenn die Reise am Bestimmungsort endet, nach dem Rechte dieses Ortes. OLG. Hamburg, Böhms Z. **14** 167.

VIII. Rückverweisung (Art. 27).

Das niederländische Recht verweist hinsichtlich der Erbschaften der in Deutschland versterbenden Niederländer nicht auf das deutsche Recht zurück. Für die Nachlässe der Niederländer ist daher gemäß Art. 25 deutsches Recht maßgebend. OLG. Rostock, Böhms Z. **13** 177.

Für die Erbfolge eines schweizerischen Staatsangehörigen, welcher in deutschem Domizil verstorben ist, ist das schweizerische Erbrecht maßgebend. Die Bestimmungen des schweizerischen Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 sind in dem Sinne zu verstehen, daß sie nicht auf das deutsche Recht zurückverweisen. RG. Böhms Z. **13** 155.

Niemeyer, Das IPR. des BGB. 78, ebenso Niedner zu Art. 27 Bem. 3 II, Neumann, Handausgabe Bem. 3b zu Art. 27, Meili, Intern. Zivil- u. Handelsrecht I 38ff. stehen auf dem entgegengesetzten Standpunkt und halten zufolge der in dem schweizerischen Bundesgesetze vom 25. Juni 1891 enthaltenen Rückverweisung gemäß Art. 27 das deutsche Recht für maßgebend. Zweifelnd Kahn, KrVSchr. **03** 617.

Art. 29. Ist bei einem Rechtsstreite vor deutschem Gericht, an dem ein Eingeborener deutscher Schutzgebiete als Partei beteiligt ist, der nach Art. 29 zu berücksichtigende Wohnsitz bzw. Aufenthalt des Eingeborenen in dem Gebiete der gegenwärtigen Kulturstaatengemeinschaft gelegen, so sind die Rechtsverhältnisse der Eingeborenen nach dem Rechte des betreffenden Gliedes der Kulturstaatengemeinschaft (z. B. französischem oder englischem Rechte) zu beurteilen. Liegt der Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort außerhalb des Gebiets der Kulturstaatengemeinschaft, z. B. im Heimatlande des Eingeborenen, so bildet allein deutsches Recht die Urteilsnorm. Wörner, SächsA. **13** 21 Heft 1/2.

Art. 30. In bezug auf die Behandlung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechtes und das Verhältnis des Art. 30 zu solchem lehrt Zitelmann, Intern. Privatr. I 368ff., und ihm folgend Barazetti, Böhms Z. 8 126ff, daß Art. 30 über jene Frage nichts ergebe, daß aber völkerrechtswidriges Recht nach allgemeinen aus der Natur der Sache folgenden Grundsätzen als nicht vorhanden zu behandeln sei. Dagegen wird von Niemeyer, IPR. des BGB. 99, Niedner (zu Art. 30), Planck (ebenda) die Auffassung vertreten, daß Völkerrechtswidrigkeiten nur im Wege des Art. 31 begegnet werden könne und den Gerichten daher die Prüfung jenes Gesichtspunkts entzogen sei. Klein, Böhms Z. **14** 146ff. findet, daß Art. 30 auch die Regulierung fremder Rechtssätze unter dem Gesichtspunkte der Völkerrechtswidrigkeit in sich schließe.

Die Anwendung des im § 343 BGB. dem Richter beigelegten Ermäßigungsrechts gegenüber übermäßiger Vertragsstrafen ist unbedingt geboten, ohne Rücksicht darauf, ob im übrigen die rechtlichen Beziehungen den Parteien nach deutschem oder nach ausländischem Rechte zu beurteilen sind. OLG. Hamburg, Böhms Z. **14** 7a.

Das in Deutschland bestehende gesetzliche Einfuhrverbot für ausländisches Fleisch hindert nicht die Anerkennung eines im Auslande zu erfüllenden Kaufvertrags über solches Fleisch, auch wenn der Verkäufer wußte, daß das Fleisch zur Einfuhr nach Deutschland bestimmt war. OLG. Hamburg, Böhms Z. **14** 81.

Der § 6 des Wettbewerbsgesetzes ist in Deutschland absolut anzuwenden, auch wenn die schädigende Handlungsweise im Auslande stattgefunden hat und nach dort geltendem Rechte erlaubt sein sollte. **RG.** Böhms Z. **14** 97.

Art. 31. Die in diesem Artikel zugelassenen Vergeltungsmaßregeln können in den „Rechtsnachfolgern der Angehörigen eines ausländischen Staates" auch Staatsangehörige eines anderen Staates als desjenigen, gegen den sich die Retorsion richtet, ja sogar die eigenen Staatsangehörigen treffen. Jedoch handelt es sich hier wie bei den „relativ bestimmten" Strafbestimmungen unseres StGB. nur um ein höchstes zulässiges Maß, von dem nicht immer Gebrauch gemacht werden muß und wird. Klein, ÖstAGZ. **03** 313 gegen Rundstein, DJZ. **03** 79.

Die an einer ausländischen Börse geschlossenen börsenmäßigen Termingeschäfte fallen nicht unter das Verbot des § 50 III des Börsengesetzes. **RG.** Böhms Z. **14** 94.

Zweiter Abschnitt.

Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 32. Rechtsprechung. 1. Auf Grund des Art. 32 hat der § 15 Abs. 3 des RG. v. 20. 4. 1892 btr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung über die Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter neben den Vorschriften des BGB. über die Abtretung von Rechten Geltung. **RG.** JW. **03** Beil. 19.

2. Das neue Recht des BGB. bildet zusammen mit dem im Art. 32 aufrecht erhaltenen, bisherigen Reichsrecht eine einheitliche Kodifikation. Daraus aber ergibt sich, daß die allgemeinen Vorschriften des BGB. sowohl im ersten Buche als im ersten Abschnitte des zweiten Buches auch die in den Einzelgesetzen geregelten Rechtsmaterien erfassen, soweit nicht deren besonderer Zweck und gesetzgeberischer Gedanke dem entgegensteht, und daß diese Anwendbarkeit des BGB. sich nicht auf die Fälle beschränkt, in denen ausdrücklich in den Sondergesetzen auf die Bestimmungen des BGB. verwiesen wird. **RG.** JW. **03** Beil. 13.

Art. 33. Meyer, R. **03** 455, 456, Eine Grenzlinie zwischen Strafrecht und Strafprozeß: Art. 33 hat nur Bedeutung für die in der StrPO. an die Verwandtschaft oder Schwägerschaft geknüpften Rechtsfolgen. Für das materielle Strafrecht ist der Begriff der Angehörigen im § 52 StrGB. festgelegt. Die Begriffsbestimmungen des BGB. §§ 1589, 1590 sind auf diesem Rechtsgebiet nur insoweit anzuwenden, als sie nicht mit dem Verwandtschafts- und Schwägerschaftsbegriff des Strafrechts und seiner Rechtsprechung in Widerspruch stehen, so z. B. nicht § 1589 Abs. 2 BGB. Die uneheliche Vaterschaft kommt daher aus dem Gesichtspunkte der §§ 173, 169 StGB. auch ferner in Betracht. Aus der Strafgesetzgebung heraus sind die Begriffe des Verlöbnisses, der Pflegekindschaft und der Gewahrsam zu erklären; für diesen kommt der Besitzbegriff des BGB. nicht in Betracht. Das BGB. ist aber in allen Fällen anzuwenden, in denen das StrGB. eine Begriffsbestimmung nicht enthält und nur eine Norm des bürgerlichen Rechtes eine Lösung bringen kann, so z. B. bei der Frage der Vollendung eines bestimmten Lebensjahrs unter Anwendung des § 187 BGB. — Das uneheliche Kind hat demnach jetzt kein Zeugnisverweigerungsrecht mehr nach § 51 Nr. 3 StrPO.

Delius, DJZ. **99** 494—496, bespricht den Einfluß des BGB. und seiner Nebengesetze auf die landesgesetzlichen, insbesondere preußischen Strafgesetze und kommt zu folgenden Ergebnissen: Das Gesetz vom 12. 3. 1854 (GS. 123) btr. die Zulassung von Ausländern zur Eingehung einer Ehe ist ersetzt durch § 1315 Abs. 2 BGB. und Art. 43 AG. z. BGB. Die Strafvorschrift für den Standesbeamten enthält Art. 46 IV. Das Gesetz vom 23. 2. 1870 (GS. 118) btr. die Genehmigung zu Schenkungen usw. an Korporationen und andere juristische Personen ist ersetzt durch Artt. 6, 7 b AG. z. BGB., der im Anschluß an Art. 86 den Betrag der genehmigungspflichtigen Schenkung von 3000 auf 5000 Mark erhöht.

Das Gesetz vom 29. 7. 1885 (GS. 317) ist durch § 763 BGB. nicht aufgehoben, wie Endemann, Einführung in das BGB. 856 behauptet; dagegen sind §§ 102, 103 I. 9 ALR. über die Bestrafung wegen Nichtanzeige eines gefundenen Schatzes durch § 984 BGB. beseitigt.

Die AKO. v. 15. 4. 1822 (GS. 108), wonach niemand ohne Erlaubnis seinen Familiennamen ändern darf, ist durch die das Namenrecht regelnden §§ 1355, 1577, 1616, 1706, 1719, 1736 und 1758 BGB. mehrfach abgeändert. § 77 der Gesindeordnung vom 8. 11. 1810 ist durch Art. 95 Abs. 3 nicht aufgehoben.

Der Kontraktbruch usw. der ländlichen Arbeiter ist gemäß §§ 1 ff. des Gesetzes vom 24. 4. 1854 (GS. 214) strafbar, wenn auch der Vertrag nur in mündlicher Form geschlossen ist (vgl. §§ 611—630 BGB.). Der § 958 Abs. 2 BGB., der den Eigentumserwerb an einer herrenlosen Sache regelt, hat für das Gebiet des Jagd-, Fischerei- und Berg-(Bernstein-)Rechts verschiedene Änderungen herbeigeführt. Jagdpachtverträge sind gemäß §§ 581, 566 und Art. 4 in mündlicher Form gültig.

Rechtsprechung. Nur an das vom Gesetz anerkannte Schwägerschaftsverhältnis sind bestimmte rechtliche Folgen geknüpft und nur das Vorhandensein eines solchen Schwägerschaftsverhältnisses rechtfertigt die Ablehnung eines Beweisantrags in einem Strafprozesse, der die Vernehmung eines in diesem Verhältnisse zu dem Angeklagten stehenden Zeugen bezweckt. Schwägerschaftsverhältnis im Rechtssinn ist aber nur das zwischen einem Ehegatten und den Blutsverwandten des anderen Ehegatten, nicht auch das zwischen einem Ehegatten und dem Ehegatten des Blutsverwandten des anderen Ehegatten bestehende Verhältnis. **RG.** R. **03** 162 (Nr. 911).

Art. 34. Liedtke, JW. **02** 537: Hat das EG. z. BGB. das Recht des Vaters zur Stellung des Strafantrages und damit zur Erhebung der Privatklage beeinflußt? Die durch Art. 34 vorgenommene Beseitigung das dem Vater auch nach § 195 des StGB. bisher zustehenden Antragsrecht ist deshalb erfolgt, um, wie die Motive zum BGB. 127 bemerken, die bisherigen Vorschriften mit dem BGB. in Einklang zu bringen. Da es nach dem Inkrafttreten des BGB. eine väterliche Gewalt über volljährige Kinder nicht mehr gibt, war § 195 in dieser Hinsicht überflüssig geworden. Andererseits würde ohne eine Änderung dieses Paragraphen dem Vater das Recht zur Stellung des Strafantrags auch dann zugestanden haben, wenn er nach §§ 1546, 1555 zur Vertretung des minderjährigen Kindes nicht berechtigt war. Da die elterliche Gewalt, die jetzt auch die Mutter besitzen kann, ein überwiegend vormundschaftliches Gepräge trägt, so lag kein Grund vor, dem Vater neben dem Antragsrecht als gesetzlicher Vertreter auf Grund des § 65 StGB. ein zweites, von der Vertretungsmacht unabhängiges nach § 195 StGB. zu lassen. Art. 34 hat daher eine Klärung darüber herbeigeführt, daß der Vater nur in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter auf Grund seiner Vertretungsmacht sein Recht ausüben kann und nicht unabhängig von dieser als ein unrichtigerweise als „selbständig“ bezeichnetes Recht. Die bisherigen Streitfragen über die Natur seines Rechtes sind daher gegenstandslos geworden. Ihm steht zwar bei Minderjährigen über 18 Jahre ein selbständiges Antragsrecht zu, d. h. ein solches, das neben dem des Verletzten parallel herläuft, ihm in eigener Person zukommt und von jenen in keiner Hinsicht berührt wird, z. B. nicht in betreff der Befugnis zur Zurücknahme des Antrags oder beim Ablaufe der Frist zur Stellung des Antrags des anderen Teiles. Aber dies Recht hat der Vater nicht aus eigenem Rechte, wie bisher meist für § 195 StrGB. angenommen wurde, sondern nur in seiner Eigenschaft als Vertreter. Stellt der Vater einen tatsächlich begründeten Antrag, so kann nicht deshalb das Verfahren eingestellt werden, weil er angibt, er stelle den Antrag aus eigenem Rechte, unabhängig von seiner Eigenschaft als Vertreter. Denn eine solche Behauptung würde als ein Bestandteil der Antragsbegründung anzusehen sein, die schon im Zivilprozeß unschädlich ist, wenn der Antrag selbst nur in der Tat begründet ist, um so mehr aber im Strafverfahren, das Formvorschriften nur in den §§ 421, 198 StrPO. aufstellt.

Löwenstein, DJZ. **02** 364: Kann nach Einführung des BGB. der Vater eines minderjährigen Kindes noch kraft eigenen Rechtes die Privatklage wegen Beleidigung und Körperverletzung erheben oder muß er als Vertreter des Kindes klagen?

Art. 36. Dem Art. 32 ist zu entnehmen, daß die privatrechtlichen Bestimmungen der RGO. insoweit stillschweigend aufgehoben sind, als sie mit den grundsätzlichen Vorschriften des BGB. im Widerspruch stehen oder von Voraussetzungen ausgehen, die zwar nach gemeinem Rechte, nicht aber nach dem BGB. zutreffend sind (vgl. z. B. § 394). Dagegen bleiben die Sondervorschriften der RGO. durchaus in Kraft insoweit, als sie Gegenstände behandeln, die das BGB. in den Titel über den Dienstvertrag regelt. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem BGB., Stuttgart 1903.

Art. 44. Durch den § 44 RMG. in Verbindung mit § 158 MStGB. ist den Anforderungen der Haager Friedenskonferenz wegen der Testamente Kriegsgefangener genügt. Kaufmann, DJZ. **02** 428.

Art. 46. Die Eintragung der Nichtigkeit einer Ehe in das Standesregister kann nur auf Grund eines im Inland ergangenen Urteils erfolgen (§ 55 PersStGes.). OLG. **7** 412 ff. (KG.); CBlFrG. **4** 424.

Dritter Abschnitt.

Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art. 55. Rechtsprechung:

Die landesgesetzlichen Normen des internationalen Privatrechts können neben den Vorschriften des EG.z.BGB. keine Geltung mehr beanspruchen, maßgebend sind nur die Vorschriften des BGB. OLG. Darmstadt und **RG.**, HessRspr. **4** 113, Puchelts Z. **34** 585 ff., R. **03** 577 (2946).

Das BGB. hat die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgenommen. Daraus folgt aber noch nicht die Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung gegenüber einem unter der Herrschaft des alten Rechtes eingetretenen Tatbestande, wenn die Wiedereinsetzung nach dem bisherigen Rechte begründet wäre. So mit Habicht, Einw. (3) 134, **RG.** JW. **03** Beil. 52, R. **03** 362 (2006).

Das **RG. 53** 384, JW. **03** Beil. 37, DJZ. **03** 202, R. **03** 238 ist entgegen Rehbein, Komm. z. BGB. I 74 ff. Bem. 1b zu §§ 90—103 der Ansicht, daß Art. 55 alles frühere Landesprivatrecht, abgesehen von den besonders gemachten Ausnahmen, aufgehoben habe, also da hierfür keine Ausnahme im EG. gemacht sei, auch die gemeinrechtlichen Rechtsbehelfe zum Schutze des Gemeingebrauchs an öffentlichen Wegen und Plätzen. Zwar sind in Artt. 65, 69, 73 für Wasser- und Fischereirecht und die Regalien die Landesgesetze ausdrücklich aufrechterhalten, aber nicht für öffentliche Wege und Plätze. Art. 113 betrifft die landesgesetzlichen Vorschriften über die Regulierung der Wege und gehört nicht hierher.

Von der Vorschrift des Art. 55, daß die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze grundsätzlich außer Kraft getreten sind, werden diejenigen Bestimmungen nicht getroffen, die nur Verfahrensvorschriften über die Testamente und Erbverträge enthalten. Insofern bleiben die bisherigen Landesgesetze bestehen. Das RFrGG. hat im allgemeinen nicht den Charakter einer Kodifikation; § 200 FrGG. bestimmt vielmehr allgemein, daß durch Landesgesetze Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften auch insoweit erlassen werden können, als dieses Gesetz Vorbehalte für die Landesgesetzgebung nicht enthält. **RG.** JW. **03** Beil. 37.

Art. 57. Die besonderen Vorschriften der Hausverfassungen oder Landesgesetze in Art. 57 sind nicht auf ius scriptum zu beschränken, sondern umfassen neben diesem auch die zu seiner Ergänzung bestimmten Normen des gemeinen Privatfürstenrechts. Opet, DJZ. **03** 189 ff., Niedner (2) 132, Planck, EG. VI 135.

Art. 58. Das Personenstandsgesetz bleibt neben dem BGB. in Kraft, deshalb ist diese Materie der Autonomie der Mediatisierten entzogen. A. M. Georg Meyer, der die Normen des Gesetzes v. 6. 2. 75 durch die Bestimmungen des Art. 46 für ersetzt hält.

Der Inhalt des Gesetzes v. 17. 2. 75 über das Alter der Großjährigkeit ist zwar materiell in Geltung geblieben, formell ist es jedoch aufgehoben, indem sein Inhalt in das BGB. übergegangen ist.

Da die Normen über die Volljährigkeit jetzt nur noch auf dem BGB. beruhen, und Art. 58 die Autonomie der Mediatisierten gegenüber dem BGB. freien Spielraum gibt, können diese Familien wieder hausgesetzlich einen anderen Großjährigkeitstermin einführen. A. M. Georg Meyer. Schücking, DJZ. **03** 49: Die Tragweite des Art. 58.

Art. 59. Die vor dem 1. 1. 00 erzeugten Brautkinder sächsischen Rechtes sind zur Nachfolge in Familienanwartschaften und Lehen in Sachsen berechtigt. Für die später erzeugten gilt nach den §§ 36, 53 Sächs. AG.z.BGB. v. 18. 6. 98 das Recht der unehelichen Kinder. Mothes, CBlFrG. **4** 250.

Rechtsprechung:

1. Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung für die Zustimmung zur Aufhebung eines Fideikommisses nicht unter Hinweis auf § 1804 BGB. ablehnen. Für die Vormundschaft der minderjährigen Fideikommißanwärter ist ausschließlich das preußische Gesetz v. 15. 2. 40, das das Verfahren für Familienschlüsse bei Familienfideikommissen erschöpfend geregelt hat, nicht das BGB. maßgebend. KGJ. **25** A 214, Pr. JMBl. **03** 96, R. **03** 314 (1689).

2. Die Vorschriften des ALR. über Familienfideikommisse sind nach Art. 59 unberührt geblieben. RG. **54** 402.

Art. 62. Diese Vorschrift hält nur das Sonderrecht der Rentengüte aufrecht. Die im § 4 des preußischen Rentengutsgesetzes vom 27. 6. 90 voraus gesetzten Vereinbarungen können nicht in das Grundbuch des Rentenguts eingetragen werden, weil sie dem allgemeinen Rechte angehören. KGJ. **26** A 118 ff.

Art. 64. Huther, MecklZ. **22** 64—92: (S. auch o. zu § 280 BGB. Note 3 und § 281 Note 4). Der bloße Verkauf eines Anerbenguts durch den Erblasser schließt das gesetzliche Anerbenrecht (nach mecklenburgischem Rechte) nicht aus, wie es der Fall bei einer zu Lebzeiten erfolgten buchmäßigen Übertragung des Eigentums auf den Käufer sein würde. Der Satz im § 2169 Abs. 4 BGB. kann ohne gesetzliche Ermächtigung nicht auf das zur Frage stehende Verhältnis angewandt werden und ein solches Gesetz fehlt. Der Fall, daß ein Grundstück nach der juristischen Formel dem einen, aber materiell und wirtschaftlich zum Vermögen eines anderen gehört, ist praktisch mehrfach zugunsten des letzteren entschieden, indem ihm z. B. vom RG. **45** 18 im Konkurse des formellen Eigentümers das Aussonderungsrecht des § 43 KO. und vom OLG. Stuttgart und OLG. Rostock, MecklZ. **21** 233 die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. gegen das über das Gut eröffnete Zwangsversteigerungsverfahren verliehen worden ist. Beide Fälle lassen eine allgemeinere Anwendung nicht zu. Gesetzlich schließt nur die letztwillige Verfügung des Gutseigentümers — nicht ein Kaufvertrag — das gesetzliche Anerbenrecht aus. Es ergibt sich eine eigentümliche Rechtslage.

Beim Erbfalle geht nicht auf den zur übrigen Erbschaft berufenen Erben, sondern auf den Anerben das Gutsvermögen und nicht auf den Anerben, sondern auf den Erben der Kaufvertrag, also auch der Anspruch auf den Kaufpreis und die Verbindlichkeit zur Auflassung und Übergabe des Gutes über. Da aber diese Leistungen dem Erben durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich sind, ist er nach § 275 BGB. frei. Für ihn tritt der Anerbe ein, der nach dem Gesetz aushilflich für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet. Demnach kann der Anerbe vom Käufer gehalten werden, das Gut aufzulassen und zu übergeben. Nachgewiesen wird, daß dafür der Anerbe aus § 281 BGB. oder aus den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung oder aus sonstigen Vorschriften den Kaufpreis als Ersatz oder Entgelt vom Käufer zu fordern nicht berechtigt ist. — Der Erbe aber verliert sofort den Anspruch auf Kaufgeld, muß auch den in der Erbschaft enthaltenen, bereits gezahlten Kaufpreis zurückgewähren, weil ihm die Leistung durch einen weder von ihm noch von dem Käufer zu vertretenden Umstand unmöglich ist (§ 323 Abs. 1, 3 BGB.). Er hat keinen Rechtsbehelf, den Anerben zur Leistung an den Käufer zu zwingen.

Demnach kann weder der Anerbe noch der Erbe Zahlung des Kaufpreises vom Käufer begehren. Letzterer kann sich vielmehr tatsächlich vom Kaufvertrage frei machen.

Ausgeführt wird aber, daß mit der Leistung des Kaufgegenstandes durch den Anerben die Kaufgeldforderung wieder auflebt und daß der Anerbe vom

Käufer verlangen kann, Zug um Zug den Kaufpreis an den Erben zu zahlen, sofern nichts anderes bestimmt ist.

Im Anschlusse werden noch erörtert die Fälle, daß der Erblasser durch letztwillige Verfügung das von ihm verkaufte Gut einem Dritten vermacht hat, ferner, daß er letztwillig einen Anerben eingesetzt und nicht für den Fall des Verkaufs die Anerbfolge ausgeschlossen hat, sodann, daß er durch sog. Überlassungsvertrag (sog. antizipierte Erbfolge) das (nicht verkaufte) Gut dem Anerben verschrieben, aber noch nicht aufgelassen hat, ferner, daß er vor Erfüllung des Überlassungsvertrags mit dem Anerben letztwillig einen anderen zum Erben eingesetzt hat, endlich, daß in den oben behandelten Fällen der Vertrag des Erblassers nur das Landgut und nicht die übrigen Gegenstände des Gutsvermögens betrifft.

Im § 1507 BGB. ist § 1490 BGB. begrifflich enthalten; daher ist ein Zeugnis über fortgesetzte Gütergemeinschaft auch bei dem Rechtsverhältnisse des Sitzenbleibens in ungeteilten Gütern zu erteilen. Posener, Hirths Ann. **03** 307.

Art. 65. Rechtsprechung:

1. Die dem Wasserrecht angehörenden Vorschriften der Artt. 640—643, 645 code civil sind durch Art. 65 EG. und Art. 89 Nr. 2 Pr. AG.z.BGB. aufrechterhalten. Die Anwendung des § 906 BGB. ist für das Gebiet des aufrechterhaltenen rheinischen Wasserrechts, wonach der Privatfluß in niemandes Eigentum steht, ausgeschlossen. **RG.** JW. **03** Beil. 1.

2. Nach feststehender Rechtsprechung des **RG.** ist für das Gebiet des ehemaligen gemeinen Rechtes, abweichend vom preußischen und französischen Rechte, ein Dienstbarkeitsrecht der an einer städtischen Straße liegenden Grundstücke auf deren unveränderte Beibehaltung nicht anzuerkennen. Streitfragen über den Abfluß von Regenwasser von dem höher gelegenen Grundstück auf das niedrigere gehören dem Wasserrecht an und sind gemäß Art. 65 nach Landesrecht zu beurteilen. **RG.** JW. **03** Beil. 89, R. **03** 432 (2301). Vgl. **RG.** SeuffA. **58** 266/269.

Art. 67. Art. 67 läßt die landesrechtlichen Bestimmungen über das Bergrecht unberührt, Art. 68 diejenigen Vorschriften des sächsischen Rechtes, die das sächsische Abbaurecht betreffen (weitere Ausführung über das Verhältnis des neuesten Reichsrechts zu den sächsischen Bergbau- und Abbaurechten. Königsdörffer, Teilbarkeit der Grundstücke, SächsA. **13** 50.

Bitta, ZBergr. **44** 119 ff., bespricht die Rechtsprechung des Kammergerichts in Grundbuchsachen seit 1. 1. 00, soweit bergrechtliche Verhältnisse in Betracht kommen. Vgl. auch Wahle, ZBergr. **42** 68 ff.

Die Vorschrift des § 45 findet auch auf den Fall Anwendung, daß eine Gewerkschaft des preußischen Rechtes durch Vereinigung aller Kuxe in einer Hand aufgelöst wird. Neben den Vorschriften des Bergrechts gelten die allgemeinen des BGB. OLG. **5** 378 (KG.), R. **03** 16 (2).

Art. 69. Das Fischereirecht an einem Privatflusse bildet in der Regel eine Grunddienstbarkeit und hat nicht das Eigentumsrecht am Wasser selbst zum Inhalte. Insbesondere spricht der Umstand, daß das Fischereirecht mit einer Grundsteuer und mit einem Bodenzinse belastet ist, nicht für das Eigentum am Fischwasser. Zum Inhalte des Fischereirechts gehört auch nicht das Eigentum an dem im Fischwasser sich bildenden Eise. Dagegen sind diejenigen, denen das Eisgewinnungsrecht zusteht, verpflichtet, es schonend und ohne Beeinträchtigung des Fischereirechts auszuüben. BayrObLG., R. **03** 104 (486).

Art. 71. Nr. 4. Es handelt sich nicht um landesgesetzliche Vorschriften, nach deren Inhalt der Grundstückseigentümer zur Herstellung von Vorrichtungen zum Schutze seines Grundstücks gegen Wildschaden polizeilich gezwungen werden

kann, sondern um Vorschriften, wonach der Grundeigentümer, der sein Grundstück gegen Wildschaden unbeschützt läßt, dies auf seine Gefahr tut und den an sich zur Entschädigung verpflichteten Jagdberechtigten nicht haftbar machen kann. Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach denen Wildschaden an Gärten usw. dann nicht zu ersetzen ist, wenn die Herstellung von Schutzvorrichtungen unterblieben ist, die unter gewöhnlichen Umständen zur Abwendung des Schadens ausreichen, Vorschriften also, nach denen der Grundeigentümer, der sein Grundstück unbeschützt läßt, dies auf seine Gefahr tut, und Wildschaden nicht verlangen kann. Wo solche Vorschriften bestehen, kommt es nicht darauf an, ob nach Lage der Sache dem Grundeigentümer die Herstellung von Schutzvorrichtungen billigerweise zugemutet werden kann, ob sie große oder geringe Kosten erfordern. Die Frage, ob das Unterlassen von Schutzvorrichtungen ein Mitverschulden des Beschädigten enthält, und im Bejahungsfall, inwieweit es die Entschädigungspflicht beeinflußt, ist nach § 254 BGB. zu prüfen. **RG. 52** 349, JW. **03** Beil. 1. S. auch o. zu § 254 BGB. Note 11b, 12b.

Art. 74. In Preußen sind Apothekengerechtigkeiten auf dem Grundbuchblatte des Grundstücks, mit dem sie verbunden sind, eintragbar. § 8 GBO. trifft zwar nicht zu, da er nur Rechte im Auge hat, die ein anderes Grundstück belasten, jedoch § 9 AVf. z. AG.z.GBO. 20. 11. 1899 in Verbindung mit Art. 74 EG z.BGB. OLG. **7** 190 (KG.), PosMschr. **03** 56, R. **03** 341, 481 (1852, 2466), CBlFrG. **3** 845.

Art. 75. Eine Neuordnung des Mobiliar- und Privatfeuerversicherungswesens ist im Königreiche Sachsen durch die Verordnungen vom 29. 6. 01 und 23. 11. 01 erfolgt. Vgl. Wörner, Das Mobiliar- und Privatfeuerversicherungswesen im Königreich Sachsen, Leipzig 1903.

Rechtsprechung: s. RG. HessRspr. **4** 113, Puchelt Z. **34** 585 ff., R. **03** 577 (oben Nr. 1 zu Art. 55).

Art. 77. Im Königreiche Sachsen gelten hiernach weiter: 1. Reskript, die Klagen gegen Kurfürstliche, in officio, fehlende Diener betr., vom 18. 10. 1796; 2. Generale, die Einrichtung des Depositenwesens bei Patrimonialgerichten betr., vom 20. 6. 1817. Wörner, Das sächsische Beamten-Unfallfürsorgegesetz 33, Leipzig 1903.

Die Haftung der Notare, insbesondere nach bayerischem Rechte, behandelt Oertmann, CBlFrG. **4** 771 ff.

Rechtsprechung: (S. auch o. zu § 89 BGB. Note 5a, b.)

1. Unter den Begriff des Staates im Sinne des Art. 77 fällt auch das Deutsche Reich. Der Reichsfiskus haftet mithin in den unter diesem Artikel begriffenen Fällen noch immer nach Maßgabe der Landesgesetze. **RG. 54** 198, JW. **03** Beil. 65.

2. In §§ 31, 89 BGB., Art. 77 EG. ist eine Norm über die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht geschaffen. Bei Prüfung der Frage, ob sich der erhobene Anspruch nach den Normen des BGB. beurteilen läßt und ob der Richter darüber entscheiden kann, ohne gegen das französisch-rechtliche Verbot einer Prüfung von Verwaltungsakten zu verstoßen, kommt es für die rechtliche Natur des Klaganspruchs nicht sowohl auf die vom Kläger angeführten Gesetzesstellen, als auf die sachliche Begründung der Klage an. **RG.** JW. **02** Beil. 279, R. **03** 77 (287).

3. Die Ausübung der den Beamten anvertrauten öffentlichen Gewalt im Sinne der Bestimmungen des Art. 77 EG.z.BGB. und des § 40 ElsLothr. AG. z.BGB. stellt den Gegensatz dar zu denjenigen Handlungen, die von Beamten in Vertretung der privatrechtlichen Interessen des Staates vorgenommen werden und für die der Umfang der Haftung des Staates nicht der Landesgesetzgebung überlassen wird, weil er durch §§ 31, 89 BGB. einheitlich für Deutschland ge-

regelt ist. Bestätigt durch RG. R. **03** 609 (3144), OLG. Colmar, Puchelts Z. **34** 173 ff., R. **03** 105 (504).

4. Nach § 40 ElsLothr. AGzBGB. haften Körperschaften des öffentlichen Rechtes, in deren Dienst ein Beamter steht, der in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten rechtswidrig Schaden zufügt, ebenso wie der Beamte, soweit der Ersatz von diesem nicht zu erlangen ist. Im übrigen ist aber das landesgesetzliche Verbot der Einmischung der Gerichte in den Geschäftskreis der Verwaltung aufrechterhalten. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 137 ff., Puchelts Z. **33** 669 ff. Bestätigt vom RG. **52** 369, 370, Puchelts Z. **34** 18 ff.

5. Der Reichsmilitärfiskus haftet für den von preußischen Offizieren in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt innerhalb eines Bundesstaats zugefügten Schaden nach Landesrecht, und zwar entscheidet das Recht des Begehungsorts in der Weise, daß der Beschädigte, wenn die schädigende Handlung in einem Bundesstaate begangen wurde, ihr Erfolg aber auf dem Gebiet eines anderen Bundesstaats eingetreten ist, das ihm günstigste Recht auswählen darf. OLG. Karlsruhe, R. **03** 43 (205), Puchelts Z. **34** 281 ff. Bestätigt durch RG. Puchelts Z. **34** 347 ff.

6. Handlungen oder Anordnungen der militärischen Organe, bei denen nur die Betätigung der Fürsorge für die Kriegstüchtigkeit des Heeres in Frage steht, z. B. Schießübungen, Pionierübungen im Brückenbau, im Mineurdienst auch der Betrieb der einen Teil der Militärverwaltung bildenden militärtechnischen Einrichtungen, z. B. der Artilleriewerkstätten, an sich, geschehen in Ausübung der öffentlichen Gewalt. Handlungen, die dagegen nur aus Anlaß der Ausübung eines Hoheitsrechts erfolgen, jedoch ihrer Natur und Zweckbestimmung nach der staatlichen Vermögensverwaltung angehören, z. B. Verwahrungen, Prüfung von militärtechnischen Geräten, sind Privatrechtsakte. RG. JW. **03** Beil. 109, R. **03** 482 (2419).

7. Die Haftung des Beamten für eine in mißbräuchlicher Ausübung der öffentlichen Gewalt verübte schädigende Handlung und die Verantwortlichkeit des Staates für schädigende Handlungen seiner Beamten ist nach dem Rechte desjenigen Rechtsgebiets zu beurteilen, in dem der Schadensersatzanspruch des Verletzten entstanden ist. Art. 77 betrifft nicht bloß die einem Einzelstaate, sondern auch die dem Reiche für seine Beamten obliegende Haftung. — Der im Art. 40 ElsLothr. AGzBGB. dem Staate auferlegten subsidiären Haftung für den Schaden, der von seinen Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten zugefügt worden, ist auch der Reichsmilitärfiskus unterworfen (s. Nr. 1). OLG. Colmar, R. **03** 341.

8. Durch Art. 77 EGzBGB. ist das Landesrecht, so auch Art. 1384 Code civil, soweit aus ihm die Haftpflicht einer Stadtgemeinde für den Schaden gefolgert wird, der von einem Polizeibeamten der Stadt in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt einem anderen zugefügt ist, aufrechterhalten. RG. **54** 19 ff., JW. **03** Beil. 59.

9. Die Haftpflicht des Staates wegen Zufügung eines Schadens, die in Ausübung rein privatrechtlicher Obliegenheiten durch einen Beamten erfolgt, wird durch Art. 77 überhaupt nicht getroffen, sondern gehört dem Privatrecht an und ist nach den Bestimmungen des BGB. (§ 831) zu beurteilen. OLG. Dresden, SächsA. **13** 223.

10. Aus § 278 BGB. ist keine allgemeine Haftung des Staates für seine Beamten herzuleiten. Nach Art. 77 entscheidet hierüber das Landesrecht. Das hamburgische Recht kennt diese Haftung im allgemeinen nicht. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 226. S. auch o. zu § 278 BGB. Ziff. 9 b.

Art. 78. Art. 78 ermächtigt die Landesgesetzgebung zur Erweiterung der Haftung der Beamten für ihre Stellvertreter, nicht aber zur Erweiterung der Haftung der Stellvertreter. Indem Art. 101 des PrFrGG. bei Vertretung eines Notars die Verantwortlichkeit nicht nur dem Notar, sondern auch dem Stellvertreter auferlegt, überschreitet er die dem Landesrechte gesteckten Grenzen. Eine Haftung des Vertreters ist nur begründet, insoweit sie sich aus dem BGB. rechtfertigt. Jastrow, Formularbuch I 161 zu PrFrGG. Art. 101 Anm. 3.

Art. 80. Landesgesetzliche Vorschriften, daß das Klagerecht wegen eines vermögensrechtlichen Anspruchs eines Lehrers aus dem Dienstverhältnisse verloren gehen soll, wenn es nicht binnen bestimmter Frist nach vorausgegangener Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde ausgeübt wird, sind durch § 197 BGB. in Verbindung mit Art. 80 EGzBGB. nicht aufgehoben. OLG. Jena, R. **03** 606, 607 (3108).

Art. 81. Aufrechterhalten sind nur Sonderbestimmungen, nicht allgemeine Rechtsgrundsätze, die die Aufrechnung gegen die im Art. 81 EGzBGB. bezeichneten Ansprüche abweichend von der Vorschrift des § 394 BGB. zulassen. In Preußen sind solche Vorschriften nicht ergangen. OLG. **6** 225 (Kiel), **RG. 55** 1, JW. **03** Beil. 49, R. **03** 362, 528 (2008, 2672). Vgl. o. zu § 394 BGB. Ziff. 8.

Art. 82. Ist eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit, die im Gebiete des ALR. vor dem 1. 1. 00 Rechtsfähigkeit erlangt hatte und sich am 1. 1. 02 in Liquidation befand, zum Zwecke der Umwandlung in eine Aktiengesellschaft aufgelöst, so bedarf es zum Übergange des Eigentums an den Grundstücken der Auflassung und der Auflassungserklärung wie zu deren Entgegennahme der staatlichen Genehmigung. KGJ. **25** A 283 ff., ZfAWes. **10** 213, R. **03** 312 (1655).

Art. 86. v. Hobe-Gelting, Die Rechtsfähigkeit der Mitglieder der religiösen Orden und ordensähnlicher Kongregationen nach kanonischem und deutschem Rechte, Breslau 1903, 54 ff. (vgl. o. Ziff. 2 zu § 1 BGB.):

Grundsätzlich äußert seit dem 1. 1. 00 die Ablegung der Klostergelübde für das weltliche Recht keine Wirkung mehr. Testamente der Professen bleiben gültig, Pflichtteilsansprüche gegen sie bleiben bestehen, und von ihnen gemachte Schenkungen sind gültig. Die Ablegung des Klostergelübdes mit ihren Folgen nach kanonischem und gemeinem Rechte würde auch gegen das Verbot des § 310 (312) BGB. verstoßen. Der unentgeltliche Erwerb der Religiosen kann aber auf Grund des Art. 87 EGzBGB. durch die Landesgesetzgebung beschränkt werden. — Alle landesgesetzlichen Bestimmungen, die bei einer Beschränkung des Erwerbes der Religiosen von ihrer geminderten oder gar aufgehobenen Erwerbs- oder Rechtsfähigkeit ausgehen, müssen als aufgehoben gelten. Die Landesgesetze bleiben nur insoweit in Kraft, als sie den Erwerb der Religiosen durch Schenkungen oder von Todes wegen von staatlicher Genehmigung abhängig machen, nicht also diejenigen, welche den unentgeltlichen Erwerb überhaupt verbieten.

Der Vorbehalt des Art. 87 EGzBGB. kann nur da Bedeutung haben, wo in den Ausführungsgesetzen zum BGB. ausdrücklich davon Gebrauch gemacht ist. Dies haben nur einige kleinere Bundesstaaten getan (Elsaß-Lothringen § 1 Nr. 77 G. 29. 11 99; Lübeck AGzBGB. § 14; Reuß j. L. § 14 G. 10. 8. 99; Sachsen-Altenburg § 14 AGzBGB.; Schwarzburg-Rudolstadt Art. 29 AGzBGB; Schwarzburg-Sondershausen AGzBGB. Artt. 14, 59).

Rechtsprechung.

§ 50 Nr. 1 Pr. Ges. v. 20. 6. 75 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden, der bestimmt, daß bei dem Erwerbe von Grundeigentum für die Kirchengemeinde die Beschlüsse des Kirchenvorstandes und der Gemeindevertretung zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung der staatlichen Aufsichts-

behörde bedürfen, ist durch Art. 7 § 1 Abs. 1 Pr. AGzBGB. ersetzt, Art. 24 Nr. 1 Pr. G. v. 3. 6. 76, betr. die evangelische Kirchenverfassung in den acht älteren Provinzen, aber dahin geändert worden, daß evangelische Kirchengemeinden zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von nicht mehr als 5000 M. nicht der staatlichen Genehmigung bedürfen. KGJ. **26** A 257 ff., PosMschr. **03** 151 ff., R. **03** 552 (2801).

Art. 87. S. Literatur und Rechtsprechung zu Art. 86.

Art. 88. Alexander-Katz, Genehmigung zum Grundstückserwerbe von Versicherungsanstalten, ZVersWiss. **3** 477—487: Ausländische Versicherungsanstalten bedürfen nur in denselben Fällen und in demselben Umfange der Genehmigung zum Grundstückserwerbe durch die Aufsichtsbehörde wie inländische.

Die landesgesetzlichen Vorschriften, die den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig machen (Art. 88 EGzBGB.), finden auf ausländische Versicherungsunternehmungen keine Anwendung. Diese bedürfen vielmehr zum Grundstückserwerbe, soweit eine staatliche Genehmigung erforderlich ist, ausschließlich der Genehmigung des Kaiserlichen Aufsichtsamts für Privatversicherung.

Art. 91. Literatur: Nußbaum, Gültigkeit der landesgesetzlichen Vorschriften für Rechtsgeschäfte öffentlich-rechtlicher Körperschaften, AbürgR. **21** 1.

§ 866 Abs. 3 ZPO. findet auch auf die Zwangseintragung von Grundstücksforderungen in Preußen Anwendung, da der Gesetzgeber eine Ausnahmevorschrift gemäß Art. 91 EGzBGB. nicht getroffen hat. OLG. **5** 458 ff. (KG).

Art. 94. Über das Privileg der öffentlichen Pfandleihanstalten, das durch Abs. 2 Art. 94 EGzBGB. aufrechterhalten worden ist, s. OLG. Dresden, SächsA. **13** 94.

Art. 95. Literatur: Schult, O.: Mecklenburg-schwerinische und Mecklenburg-strelitzische Gesinde-Ordnung. Für den praktischen Gebrauch erläutert. Rostock 1902.

Francke, ThürBl. **50** 244 ff.: Noch einmal die Aufrechnung gegen Lohnforderung des Gesindes, führt, gegen Neumann-Weimar das. **47** 193 ff., **48** 1 ff., **49** 164 ff. aus, daß Art. 95 grundsätzlich das gesamte Gesindewesen der Landesgesetzgebung überweist. Dahin gehören auch landesgesetzliche Vorschriften, welche die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen Lohnforderungen des Gesindes vor dessen Empfangsverzug regeln. Diese stehen weder mit § 2 Abs. 2 LohnbeschlG. (21. 6. 69) noch mit § 394 BGB. in Widerspruch. Vgl. o. zu § 394 BGB. Ziff. 3 a. E.

Rechtsprechung.

I. Preußisches Recht.

1. Die Frage, ob die Dienstherrschaft das Gesinde mit ausschweifender und ungewöhnlicher Härte im Sinne des § 137 GesO. v. 8. 11. 10 behandelt hat, ist unabhängig von der Bestimmung des Art. 95 Abs. 3 EGzBGB. zu entscheiden. KGJ. **25** C 86.

2. Der Begriff des Gesindes in der preuß. GesindeO. v. 8. 11. 10 setzt nicht häusliche Gemeinschaft voraus. KGBl. **14** 20.

3. Die in Preußen ergangene GO. v. 18. 8. 37 ist in Kraft geblieben. Die Instleute in Ost- und Westpreußen haben vor der Klagerhebung gegen die Gutsherrschaft die polizeiliche Vermittelung anzurufen. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 8, 44.

II. Sachsen.

Das neue Recht hat der Landesgesetzgebung durch Art. 95 die Befugnis gewährt, nicht nur den Gesindevertrag als eine Unterart des gewöhnlichen Dienstvertrags und dessen Inhalt zu regeln, sondern auch zu bestimmen, welche Personen zum Gesinde zu rechnen und welche Vorschriften dafür überhaupt oder für einzelne von dessen Arten gelten sollen. LG. Zwickau, SächsA. **13** 234, 235.

Art. 96. Nur dispositives Recht des BGB. kann auf Grund des Art. 96 durch die Landesgesetzgebung abgeändert werden. Dahin gehört nicht die Bestimmung des § 530 BGB. über den Widerruf einer Schenkung wegen Undanks des Beschenkten, die nach § 533 BGB. nicht dispositiv ist. Art. 15 PrAGzBGB. hat eine solche Abänderung auch nicht getroffen. **RG. 54** 107, JW. **03** Beil. 49, R. **03** 362 (Nr. 2009). Vgl. zu §§ 313, 530, 1624 BGB.

Art. 99. Huther, Über die Bedeutung des § 1809 BGB., R. **03** 89 (s. a. o. zu § 1809 BGB. Ziff. 1): Die Landesgesetze können für die öffentlichen Sparkassen alle möglichen Abweichungen von den Vorschriften des BGB. beibehalten oder einführen, nur nicht in betreff des § 1809 BGB. als einer Vorschrift über Mündelgeld.

Artt. 107, 109. S. zu Art. 17 EGzBGB.

Rechtsprechung.

1. Die Eigenschaft eines Grundstücks als eines öffentlichen Weges hat sein Ausscheiden aus dem Rechtsverkehr (Verkehrsunfähigkeit) zur Folge, so daß keinerlei Privatrechte mehr an dem Grundstücke begründet werden können. Vielmehr bringt diese Eigenschaft nur eine tatsächliche Beschränkung des Eigentums mit sich, kraft deren der Eigentümer, sowie diejenigen, denen ein Recht am Grundstücke zusteht, die Benutzung des Grundstücks als öffentlichen Weges dulden müssen. EGzBGB. Art. 109 in Verbindung mit sächs. BGB. § 58. OLG. Dresden, CBlFrG **3** 166.

2. Das gesetzliche Vorkaufsrecht des § 57 Abs. 2, 3 des preuß. EnteignungsG. v. 11. 6. 74 ist gemäß Art. 109 EGzBGB. aufrechterhalten und bedarf zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht. Art. 22 Nr. 1 PrAGzBGB. KGJ. **25** A 143, 144.

Art. 113. Spieß, Die Grundstückszusammenlegung in Preußen, CBlFrG. **3** 609 ff., **4** 655 ff., 695 ff.: Dem preußischen Agrarrecht angehörende, insbesondere die Grundstückszusammenlegung betreffende Rechtssätze enthalten die Bemerkungen zu §§ 90, 93, 94, 96, 515, 741, 752, 890, 920, 1008, 1113 BGB., ZVG. § 16, ZPO. § 864.

Besondere Klagen zum Schutze der im Gemeingebrauche befindlichen Wege und Plätze (interdictum de via publica) kennt das BGB. nicht. Die früheren Klagen sind beseitigt, da es sich um dem Privatrecht angehörende Rechtsbehelfe handelt, die nicht aufrechterhalten sind. **RG.** JW. **03** Beil. 37. S. zu Art. 55 oben.

Art. 114. Die Landesgesetzgebung hat zu bestimmen, welche Abgaben oder Lasten als öffentliche anzusehen und welche öffentliche Lasten zur Eintragung in das Grundbuch ungeeignet sind (EGzBGB. Art. 55), desgleichen nach Art. 114, welche Ablösungsrenten, die einer öffentlichen Anstalt infolge der Ablösung von Reallasten zustehen, zu ihrer Begründung und zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen. Die Eintragung von Rentenbankrenten in Preußen ist aber nach Art. 12 PrAGzGBO. und § 18 Pr. Ges. v. 2. 3. 50 allgemein zulässig und sogar erforderlich, wenn die Renten an die Stelle eingetragener Reallasten getreten sind. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 396 ff.

Art. 115. Paltzer, RheinNotZ. **48** 126 ff., vertritt die Ansicht, daß seit dem 1. 1. 00 auch in dem linksrheinischen Teile der Rheinprovinz nicht beständige Reallasten, insbesondere die Altenteilsreallasten, zulässig sind. — Übereinstimmend Crusen-Müller, PrAGBGB. Art. 30, Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht (2) 527; a. M. Stranz-Gerhard, Anm. 5 zu Art. 30 PrAGzBGB. Bayrisches Recht: Obermeyer, Reallasten und neues Wassergesetz, SeuffBl. **68** 370.

Art. 118. Die Erteilung des Vorranges an Landrenten, Landeskulturrenten und Ablösungsrenten ist den Landesgesetzen durch Art. 118 EGzBGB. zugestanden. Die Renten erlangen kraft Gesetzes den Vorrang, dessen Eintragung nicht rechtsbegründend wirkt. Sie hat nur zu erfolgen, um auch gegen dritte Gutgläubige den Vorrang wirksam zu machen (EGzBGB. Art. 118 Satz 2). Königsdörffer, Die Teilbarkeit der Grundstücke und die Hinzuschlagung in Sachsen seit dem 1. 1. 00, SächsA. **13** 24 ff., das. 175, 176.

Art. 119. S. zu Art. 118.

Art. 119 Ziff. 1 gestattet den Landesgesetzen, die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke zu beschränken und somit die nach § 903 BGB. grundsätzlich freie Übertragung des Eigentums an einem in das Grundbuch eingetragenen Grundstück einzuschränken. Die Landesgesetzgebung kann demnach an sich die weitestgehenden Beschränkungen in der Veräußerung von Grundstücken anordnen. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 109 ff.

Art. 124. Literatur: Bayern: Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Wasserrechts, München 1901. — Württemberg: Schefold, Die Luft- und Lichtgerechtigkeit und das Fensterrecht im alten und neuen Rechte, WürttZ. **03** 256.

Zu den in den §§ 906 bis 923 BGB. aufgeführten gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, die sich aus den Nachbarverhältnissen ergeben, gehört auch das auf Grund des Art. 124 EGzBGB. und Art. 76 BayrAGzBGB. aufrechterhaltene Umwenderecht, wonach der Eigentümer eines Grundstücks befugt ist, bei dessen Bestellung mit Pflug und Egge auf dem angrenzenden Nachbargrundstück entlang dessen Grenze umzuwenden, und das nur auf örtlichem Herkommen beruht. BayrObLG., R. **03** 527 (26, 59).

Art. 127. Zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums ist bei einem im Grundbuche nicht eingetragenen, bisher von dem Buchungszwange befreiten Grundstücke die vorherige Anlegung eines Grundbuchblatts für den Veräußerer erforderlich, wenn der Erwerber nicht gleichfalls von dem Buchungszwange befreit ist. KGJ. **26** A 115.

Art. 129. Falls ein Privilegium für das Überlassen der Aneignung herrenloser Grundstücke an Dritte durch den Fiskus vor dem 1. 1. 1900 erteilt war, so kann es nach EG. Art. 129 jetzt doch nur noch für Grundstücke wirken, die durch Erklärung vor dem Grundbuchamt aufgegeben sind, nicht auch für andere herrenlose und sonstwie aufgegebene Landflächen. Stammler, Privilegien und Vorrechte 26 (s. zu Art. 2).

Art. 130. Die Bestimmungen des ALR. I. 9 §§ 111 ff. über den Taubenfang sind auf Grund des Art. 130 EG. noch in Kraft. Auf Militärbrieftauben finden sie keine Anwendung. KGJ. **25** C 84.

Artt. 131. Die Neubegründung eines Stockwerkseigentums in Bayern ist seit dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr möglich, da Bayern von dem Vorbehalte des Art. 131 EG. keinen Gebrauch gemacht hat. Daher ist auch die Erstreckung der vor dem Inkrafttreten des BGB. bestandenen Querteilung eines Hauses auf den Teil, der bisher im Alleineigentume stand, seit dem 1. 1. 1900 in Bayern nicht mehr zulässig. BayrObLG., R. **03** 41, 81 (161, 362).

Art. 133. Zu den durch Art. 133 aufrechterhaltenen Bestimmungen gehören die von den Kirchhöfen handelnden §§ 183—190 II. 11 ALR. über die für Anlegung von Kirchhöfen zulässigen Plätze, das Eigentum an Kirchhöfen, das Recht auf ein ehrliches Begräbnis ohne Unterschied der Religion, d. h. der Verpflichtung der Gemeinden, auf ihrem Kirchhofe das ehrliche Begräbnis der Gemeindemitglieder zu gestatten (**RG. 12** 280). Ferner fallen hierunter die Bestimmungen der §§ 185, 591 a. a. O., daß der Erbbegräbnisberechtigte

und der Patron einen unentgeltlichen Anspruch auf ein Erbfamilienbegräbnis bei Verlegung des Kirchhofs haben. Das preußische Recht hat keine anderen hierunter fallenden Bestimmungen; grundsätzlich kommen demnach für die Rechtsverhältnisse der öffentlichen und privaten Begräbnisstätten die Vorschriften des BGB. zur Anwendung. — Die Pr. KO. v. 14. 4. und 26. 10. 1840, durch die die Subhastation von Begräbnisplätzen für unzulässig erklärt wird, ist durch das neue Recht beseitigt (Art. 55 EG., Art. 1 Abs. 2 EGzZwVG.). Josef, Friedhofsrecht, R. **03** 92, 94.

Art. 134. 1. Die religiöse Erziehung der vor dem 1. 1. 1900 erzeugten Brautkinder sächsischen Rechtes ist im § 11 Abs. 2 sächs. Ges. v. 1. 11. 1836 geordnet. Die später erzeugten stehen den unehelichen Kindern gleich. Mothes, CBlFrG. **4** 250.

2. Schwartz, Boschers 3. **03** 38 ff.: Zum Zwangserziehungsgesetz. Das. 41: Religiöse Erziehung der Kinder in Württemberg.

3. Lövinson, DJZ. **03** 293: Das religiöse Bekenntnis der Kinder aus gemischten Ehen kann weder von dem Pfleger noch von dem Vormunde geregelt werden; in Ermangelung einer Vereinbarung der Eltern gelten dafür die Vorschriften des BGB. über die Sorge für die Person des Kindes. Er wendet sich gegen einen Beschluß des Kammergerichts v. 9. 3. 03. Dieser erkennt an, daß die Regelung der religiösen Erziehung der Kinder aus Mischehen, die die Deklaration v. 21. 11. 1803 gibt, durch Vereinbarung zwischen den Eltern bei bestehender Ehe abgeändert werden kann; bei geschiedenen Ehen soll aber der allgemeine Grundsatz der Deklaration zur Anwendung kommen und ein Kind in dem Religionsbekenntnisse des Vaters erzogen werden, auch wenn diesem die Sorge für die Person des Kindes und die Erziehungsrechte abgesprochen sind. Vgl. auch o. zu § 1666 BGB. I Ziff. 2d.

4. Das im BGB. den Eltern und dem Vormunde zugewiesene Erziehungsrecht findet eine Schranke in den Vorschriften der Landesgesetze, welche die religiöse Erziehung der Kinder regeln. Nur soweit die Landesgesetze keine solche Bestimmungen enthalten, kann die Entscheidung desjenigen in Betracht kommen, dem das BGB. die allgemeinen Erziehungsrechte zugesprochen hat. Demnach sind uneheliche Kinder in der Religion der Mutter zu erziehen. Eine Änderung der Religion kann weder die Mutter noch der Vormund des Kindes eintreten lassen. Eine analoge Anwendung der Vorschriften, wonach die Eltern eines ehelichen Kindes dessen Erziehung in anderem Glaubensbekenntnisse verabreden können, auf uneheliche Kinder ist unzulässig. Unerheblich ist, ob sich die uneheliche Mutter mit einem Manne eines anderen Glaubensbekenntnisses später verheiratet und dieser dem Kinde seinen Namen gegeben hat. KGJ. **25** A 21, OLG. **7** 116, R. **03** 182 (984).

5. Der gebotenen religiösen Erziehung darf nicht durch Teilnahme am Gottesdienst einer anderen Konfession oder durch entgegengesetzten Unterricht im Hause der Mutter entgegengewirkt werden. OLG. **6** 290 (KG.), R. **03** 265 (1439), OLG. **7** 118 (KG.).

Art. 135. 1. Über den allgemeinen Begriff der Fürsorge- und Zwangserziehung Eisler, ÖstAGZ. **03** 396 ff., Dernburg, Bürg. Recht IV 251 Anm. 5. Fürsorgeerziehung ist ultima ratio (KGJ. **23** A 32, 37). Diese Entscheidung des KG. ist grundsätzlich unanfechtbar, aber allerdings mit Verständnis anzuwenden. Die armenrechtliche Unterstützungspflicht ist inhaltlich und zeitlich beschränkt, sie wird oft nicht die Trennung von den gefährdenden Eltern sichern; dann muß Fürsorgeerziehung eintreten. Jene Entscheidung hindert nicht die Fürsorgeerziehung, wo sie im gegebenen Falle erforderlich ist. S. a. o. zu § 1660 BGB. III 2.

2. **Leske** 876: Die Fürsorgeerziehung läßt an sich das Recht zur Vertretung des Kindes, die Vermögensverwaltung und die elterliche Nutznießung unberührt; jedoch kann das Vormundschaftsgericht dem Vater die Sorge für die Person einschließlich der Vertretung und im Falle des § 1666 Abs. 2 BGB. auch Vermögensverwaltung und Nutznießung entziehen. Ob bei teilweiser Entziehung der Sorge für die Person des Kindes, also z. B. bei Zwangserziehung, ein Pfleger zu bestellen ist, unterliegt dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts. S. a. o. zu § 1666 BGB. IV.

3. **Horion**, Gruchots Beitr. **47** 74 f.: Die gesamte Sorge für die Person des Fürsorgezöglings mit Ausnahme der Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten steht dem Provinzialverbande zu, und zwar ohne Kontrolle des Vormundschaftsgerichts; dieses kann auch nicht mittelbar durch einen Pfleger eine Aufsicht über die Unterbringung des Zöglings ausüben, einem Pfleger könnte nur die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten, nicht aber das endgültig auf den Provinzialverband übergegangene Erziehungsrecht übertragen werden. Deshalb ist auch bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung Pflegerbestellung nicht erforderlich (a. M. **Nölle**, **Aschrott**; s. JDR. **1** Ziff. 11 zu Art. 135), da in demselben Umfang, in dem die elterliche Gewalt beschränkt war (tatsächliche Personensorge), Recht und Pflicht des Provinzialverbandes eintritt; s. auch **Otte**, DJZ. **03** 118, **Lindenau**, PreußVerwBl. **24** 427.

Pitel, CBlFrG. **4** 10 hält Bestellung eines Vormundes oder Pflegers für notwendig, soweit nicht gesetzliche Vormundschaft oder Pflegschaft eintritt (Art. 78 § 1 Pr. AGzBGB.), stimmt aber **Horion** darin bei, daß neben der Oberaufsicht der zuständigen Behörden (§§ 17, 20 FürsEG.) kein Raum für Aufsicht des Vormundschaftsgerichts über die Geschäftsführung der Fürsorgeerziehungsverbände ist. Vgl. a. o. zu § 1666 BGB. II 1.

4. Die öffentliche Zwangserziehung kann nicht nur in den Fällen der Nr. 1, 2 des § 123 ElsLothr. AGzBGB., sondern auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB. angeordnet werden. OLG. Colmar, R. **03** 105.

5. a) KGJ. **26** A 192: Vorläufige Unterbringung (§ 5 Pr. G. v. 2. 7. 00) im anhängigen Fürsorgeerziehungsverfahren erfordert noch nicht die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen nach § 1 desselben Gesetzes, ist vielmehr nur davon abhängig, daß Gefahr im Verzug obwaltet (sofortige Entfernung aus den bisherigen Verhältnissen zur Verhütung der Verwahrlosung oder weiteren Verwahrlosung nötig ist).

b) **Thiesing** erörtert, R. **03** 503, die Beendigung der vorläufigen Unterbringung nach § 5 Pr. G. v. 2. 7. 00: Im Falle der definitiven Unterbringung geht sie ohne gerichtliche Mitwirkung in den definitiven Zustand über; im Falle rechtskräftiger Ablehnung der Fürsorgeerziehung bedarf es eines Aufhebungsbeschlusses.

Fuhrmann, R. **03** 549: Die vorläufige Unterbringung endigt mit der Vollendung des 18. Lebensjahrs; nach diesem Zeitpunkte kann der Beschluß auf Fürsorgeerziehung nicht mehr erlassen werden (weder in 1. noch in 2. Instanz). Er schlägt vor, die Einleitung des Verfahrens oder die vorläufige Unterbringung an Stelle des Erlasses des Fürsorgeerziehungsbeschlusses zu setzen, so daß letztere auch noch nach Vollendung des 18. Jahres erlassen werden könnte.

6. **Krug**, HessRspr. **4** 118: In den Fällen der §§ 1666, 1838 BGB., § 56 StGB., in denen das Reichsrecht selbst die Zwangserziehung für zulässig erklärt, kann die Landesgesetzgebung keine weiteren Voraussetzungen aufstellen und so den Umfang der Zulässigkeit ändern, insbesondere auch nicht durch Festsetzung einer Altersgrenze (für die Anordnung oder Dauer der Zwangserziehung) oder durch

Direktiven für das innerhalb der reichsrechtlichen Grenzen freie richterliche Ermessen der Zweckmäßigkeit der Maßregel. Dagegen Best, R. **04** 177.

7. Die Kosten des Transports des Zöglings nach dem vorläufigen Unterbringungsorte hat im Falle der Anordnung der Fürsorgeerziehung der Ortsarmenverband zu erstatten. OLG. **7** 98 (Celle).

8. v. Wider, WürttZFrG **44** 330: Zwangserziehung in zwei Formen: a) auf Grund des § 1666 Abs. 1 BGB. ➵ Verschulden der Eltern, Entfernung des noch nicht verwahrlosten Kindes genügend, besondere Erziehungsmaßregeln entbehrlich; Kosten fallen mit Regreß an die Eltern den Ortsarmenbehörden zur Last, für die der Beschluß des Vormundschaftsgerichts maßgebend ist, dem in Württemberg auch die Fürsorge für Erziehung obliegt; ⇠ b) auf Grund des württembergischen Zwangserziehungsgesetzes v. 29. 12. 99 ➵ als letztes Auskunftsmittel, namentlich wenn besondere erziehliche Maßregeln erforderlich sind. ⇠

9. Über das württemb. Gesetz v. 29. 12. 99:

a) LG. Tübingen, WürttZFrG. **44** 74 ff.

α. Der Ortsarmenverband ist zu außerordentlichen Maßregeln, wie sie bei sittlicher Verwahrlosung (höheren Grades) erforderlich sind, nicht verpflichtet, insbesondere nicht zur Unterbringung in einer Erziehungsanstalt.

β. Im Falle des Art. 21 ZwErzG. ist die Altersgrenze von 16 Jahren nicht anwendbar. Zu a s. auch LG. Ravensburg, WürttZFrG. **44** 239.

b) OLG. Stuttgart, WürttZFrG. **44** 360: Treffen die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 BGB. zu, so ist Zwangserziehung nach württembergischem Rechte ohne weitere Voraussetzung zulässig, da die im Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes aufgestellte Beschränkung sich nur auf die landesgesetzlichen Zwangserziehungsfälle des Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 bezieht (anders als Pr. G. v. 2 7. 00). Auch nach § 1666 sind aber nur die erforderlichen Maßregeln zu treffen; bei einem in der Gefahr der Verwahrlosung aufgewachsenen Kinde werden jedoch zumeist über das Maß der Armenfürsorge hinausgehende erzieherische Maßnahmen eindringlicher Art anzuwenden sein (Anstaltserziehung über das schulpflichtige Alter hinaus); s. auch OLG. Stuttgart, WürttZFrG. **45** 370: Die Verpflichtung des Armenverbandes geht zwar auch auf Fürsorge für Erziehung und Volksschulunterricht, aber regelmäßig nur bis zur Entlassung aus der Volksschule, jedoch immer nur im gewöhnlichen Rahmen, keine Verpflichtung zu besonderen erzieherischen Maßnahmen, wie sie regelmäßig bei sittlich verwahrlosten Kindern nötig sind.

10. Zwangserziehung in Elsaß-Lothringen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666: OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 580 (auch **26** 44).

11. Nach Horion, Gruchots Beitr. **47** 80, tritt bei Fürsorgezöglingen der Fürsorger (Pr. G. 2. 7. 00 § 11), der Lehr- und Dienstverträge als Stellvertreter des Landeshauptmanns schließt, im Falle der §§ 107, 108 Satz 2, 110, 113 Abs. 4, 126b GewO. an Stelle des gesetzlichen Vertreters des Zöglings. Dagegen Pitel, CBlFrG. **4** 10**.

12. Markoll, PreußVerwBl. **24** 579: Der Kommunalverband hat die Kosten der Heilung eines Fürsorgezöglings auch dann zu tragen, wenn dieser bereits zur Zeit der Überweisung erkrankt war, denn er hat nicht nur den reinen Erziehungsaufwand zu bestreiten. Ebenso das Bundesamt für das Heimatwesen, PreußVerwBl. **24** 652: Die Heilungskosten gehören zum Unterhalte, der dem Kommunalverband in gleichem Umfange wie den Eltern obliegt.

13. Über Fürsorgeerziehung in Konkurrenz mit Zwangserziehung nach § 56 StGB. s. JDR. **1** Ziff. 12 zu Art. 135, auch KGJ. **25** A 29, OLG. **7** 90 (KG.): Hat der Strafrichter auf Überweisung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt

erkannt, so ist Fürsorgeerziehung ausgeschlossen; auch nachträgliche Anordnung der Unterbringung im Strafverfahren geht derjenigen auf Grund des Fürsorgegesetzes vor. Ist nur auf Strafe erkannt, oder wegen mangelnder Einsicht ohne Überweisung freigesprochen, so kann Fürsorgeerziehung gleichwohl angeordnet werden; bei dieser können auch strafbare Handlungen 12—18jähriger Kinder berücksichtigt werden, die nicht im Strafverfahren festgestellt sind.

Arnold, PosMschr. **03** 31: Fürsorgeerziehung und § 56 Abs. 2 StGB. haben nicht die gleichen Voraussetzungen und nicht die gleichen Wirkungen (dort Unterbringung in Familie oder Anstalt auf Kosten des Kommunalverbandes bis zur Volljährigkeit, hier Unterbringung in einer Anstalt auf Staatskosten bis zum 20. Jahre). Zwangserziehung geht der Fürsorgeerziehung vor; überweist der Strafrichter den Freigesprochenen der Familie, so wird dadurch die Fortsetzung der Fürsorgeerziehung nicht ausgeschlossen.

14. Gegen den Beschluß, der die Aufhebung der Fürsorgeerziehung vor beendeter Minderjährigkeit betrifft (§ 13 Abs. 3 Satz 2 Pr. G. 2. 7. 00), findet sofortige Beschwerde statt. KGJ. **25** A 35.

15. Über Rechtskraft im Fürsorgeerziehungsverfahren wie JDR. **1** zu Art. 135 Ziff. 9 auch OLG. **7** 95 (KG.).

16. Pitel, CBlFrG. **4** 57: Neben der Pflegerbestellung ist die rein negative Anordnung des Vormundschaftsgerichts, das Kind sei von den Eltern zu trennen und anderweit unterzubringen (im Gegensatze zu der Anordnung der Unterbringung in eine Familie oder Anstalt nach § 1666 Abs. 1 Satz 2 BGB.), unzulässig, weil ein unzulässiger Eingriff in die Rechte des Pflegers, der darüber zunächst zu befinden hat, und nur der Aufsicht des Gerichts über die Pflichtmäßigkeit seiner Amtsführung unterliegt.

17. OLG. **7** 86 (KG.): Der Fürsorgeerziehung brauchen nicht andere Maßnahmen aus § 1666 BGB. fruchtlos vorausgegangen zu sein. Sie ist vielmehr sofort anzuordnen, wenn ihr Erfolg nicht anderweit sichergestellt ist, sei es auch mit Hilfe der Armenpflege.

18. Pitel, CBlFrG. **4** 64: Der Armenverband ist nach § 31 Pr. G. 8. 3. 71 (11. 7. 91) nur verpflichtet, für Bewahrung, Kur und Pflege der Idioten in geeigneten Anstalten zu sorgen, Unterbringung in einer Anstalt zum Zwecke der Erziehung und Ausbildung gehört nicht zu seinen Aufgaben.

Ebenso KGJ. **26** A 188: Unter Verwahrlosung ist nicht nur sittliche, sondern auch körperliche und geistige zu verstehen. Für Ausbildung zu sorgen, liegt dem Armenverbande nicht ob, s. auch KGJ. **23** A 50 (JDR. **1** Ziff. 5 Abs. 3 zu Art. 135) und **26** A 28.

19. Zur Zeit der Fassung des die Fürsorgeerziehung anordnenden Beschlusses darf das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet sein. DJZ. **03** 551, PreußVerwBl. **24** 806, s. JDR. **1** Ziff. 6 Abs. 2 zu Art. 135.

Ebenso OLG. **7** 93 (KG.), wo noch hervorgehoben wird, daß die Zeit der Ausführung unerheblich ist.

20. KGJ. **25** 201 ff., OLG. **7** 78 ff. (KG.) — s. auch o. zu § 1666 BGB. III 2 — verteidigt seinen Standpunkt betreffs der Subsidiarität der Fürsorgeerziehung und ihres Verhältnisses zur Armenpflege, insbesondere gegen Schmitz (s. JDR. **1** Ziff. 4 a. E. zu Art. 135): Das Mittel der Fürsorgeerziehung hat erst einzutreten, wenn Maßnahmen aus § 1666 BGB. nicht durchführbar oder zur Verhütung der Verwahrlosung nicht geeignet sind; die anderen Mittel müssen daher zunächst auf ihre Zulässigkeit und Wirksamkeit geprüft werden. Bei sittlich unverdorbenen, nur durch den gefährdenden Einfluß ihrer Eltern bedrohten Kindern ist davon auszugehen, daß nach der Trennung von den Eltern, die nach § 1666 angeordnet und nötigenfalls mit Hilfe der Armenpflege durchgeführt werden

kann, eine besondere planmäßige Erziehung zur Verhütung der Verwahrlosung nicht nötig ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesamts für das Heimatwesen begründet die nach § 1666 BGB. angeordnete anderweite Unterbringung erwerbsunfähiger und vermögensloser Kinder unter Umständen Hilfsbedürftigkeit im armenrechtlichen Sinne und die Verpflichtung des Armenverbandes zur Unterstützung. Von der Armenpflege sind Obdach und Unterhalt in einer Weise zu gewähren, daß das Kind körperlich und sittlich nicht gefährdet wird; dazu tritt Aufsicht des Pflegers, des Vormundschaftsgerichts und Waisenrats, sowie Einwirkung von Kirche und Schule. Das Anwendungsgebiet der Fürsorgeerziehung bilden daher die Fälle, in denen Kinder infolge der bereits stattgehabten schlechten Einwirkung der Eltern einer besonders gearteten Erziehung bedürftig geworden sind, deren Kosten zu bestreiten der Armenverband nicht verpflichtet ist; ferner fallen darunter auch die Fälle, in denen trotz fehlender Mittel eine Verpflichtung des Armenverbandes nicht festgestellt wird; z. B. bei Kindern über 18 Jahre (s. auch Altona, CBlFrG. **4** 374).

21. a) KGJ. **25** A 27 ff., OLG. **7** 89 (KG.) legt ebenfalls Gewicht auf die Verpflichtung des Armenverbandes, die Kinder so unterzubringen, daß sie sittlich keinen Schaden leiden; es ist deshalb zu prüfen, ob nicht eine solche Unterbringung in Verbindung mit der pflichtmäßigen Überweisung durch den Vormund zur Verhütung der Verwahrlosung ausreicht.

Demgegenüber betont Altona, CBlFrG. **4** 382, den tatsächlichen Standpunkt der Armenverwaltungen an der Hand praktischer Erfahrungen und die praktische Undurchführbarkeit des kammergerichtlichen Satzes, daß bei sittlicher Gefährdung im Armenhaus anderweite Unterbringung Pflicht der Armenbehörde sei.

b) Pitel, CBlFrG. **4** 61 ff., weist darauf hin, daß das Bundesamt für das Heimatwesen nur über Ansprüche der vorläufig unterstützenden gegen die endgültig verpflichteten Verbände (auf Erstattung aufgewendeter Kosten) zuständig sei; dagegen über Beschwerden wegen verweigerter Unterstützung die Landesspruchbehörden endgültig entscheiden, daß diese daher möglicherweise die Verpflichtung zur Tragung der Kosten im Falle der nach § 1666 BGG. angeordneten Trennung ablehnen (ebenso Altona, CBlFrG. **4** 370).

Weiter nimmt Pitel a. a. O. an, daß die Armenpflege bei der Unterbringung der Kinder keine Rücksicht auf Erziehungsbedürfnisse zu nehmen, das Kind von den Eltern nicht strenger als von anderen Arbeitshausinsassen abzusondern, insbesondere nicht zur Verhütung des Verkehrs mit den Eltern auswärts unterzubringen verpflichtet sei, daß sogar die Unterbringung bei den Eltern, wenn hiermit eine unmittelbare Verwahrlosungsgefahr nicht mehr verknüpft sei, nicht ausgeschlossen erscheine. Pitel kommt zu dem Schlusse: Fürsorgeerziehung ist nur unstatthaft, wo neben dem Eingreifen der Armenpflege zur Gewährung eines menschenwürdigen äußeren Daseins eine geeignete Erziehung gewährleistet ist.

c) Horion, DJZ. **03** 293, bespricht das Verhältnis der Fürsorgeerziehung zur Armenpflege nach dem Ergebnisse der Rechtsprechung des KG.:

α. Nach einem Beschlusse des KG. v. 30. 6. 02 ist der Armenverband nicht verpflichtet, das Kind auswärts unterzubringen, um den elterlichen Einfluß fernzuhalten.

β. Fürsorgeerziehung muß auch dann eintreten, wenn der Armenverband unter Billigung der vorgesetzten Instanzen seiner gesetzlichen Verpflichtung nicht nachkommt (s. OLG. **7** 89 oben (KG.), s. hierzu KG. PosMschr. **03** 47, wo trotz Ablehnung der Unterbringung durch den Ortsarmenverband die Fürsorgeerziehungsanordnung aufgehoben wird, da die Notwendigkeit besonderer Erziehungsmaßregeln nicht erhellt, das Gericht sich also auf die Anordnung der

Trennung des Kindes von den Eltern beschränken und das Weitere dem Armenverbande überlassen mußte.

d) Isaacsohn, PosMschr. **03** 83, teilt einen Fall mit, in dem der Bezirksausschuß die Ausführung eines vom KG. gebilligten obervormundschaftlichen Beschlusses auf Entfernung der Kinder aus dem Hause der Eltern ablehnt, da wirtschaftliche Not nicht vorliege, die Mutter vielmehr zur Gewährung von Obdach und Unterhalt imstande sei, die anderweite Unterbringung aus erzieherischen Gründen erfolge.

e) Horion, PreußVerwBl. **24** 225, bespricht eine Entscheidung des Bundesamts für das Heimatwesen (**34** Nr. 22), die, wie das KG. — z. B. KGJ. **24** A 158, PreußVerwBl. **24** 41 —, einen armenrechtlichen Erstattungsanspruch anerkennt, wenn durch Entziehung des Erziehungsrechts die Inanspruchnahme der Armenpflege zur Zahlung der Pflege, oder bei Unvermögen der Eltern bewirkt wird; er hält es für unbillig, daß dem Armenverbande kein Nachprüfungs- und kein Beschwerderecht zusteht. Otte, DJZ. **03** 116 gibt, eine Übersicht über die bisherige Praxis des PrFürsEG. 2. 7. 00.

f) KG. PosMschr. **01** 209: Die Fürsorgeerziehung ist subsidiär und findet nicht statt, wenn die Hilfe der Armenpflege ausreicht. Der Armenverband ist aber nicht verpflichtet, im Interesse der besseren Erziehung die Kinder von den Eltern dauernd getrennt unterzubringen und zu unterhalten; ist solche dauernde Trennung nötig, so kann Fürsorgeerziehung eintreten, wenn die Hilfe des Armenverbandes die dauernde Trennung nicht herbeiführen kann. Vgl. hierzu Altona, CBlFrG. **4** 373, BayrObLG. **3** 1015 ff.

g) OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 123 betont den Gegensatz der Zwangserziehung im Sinne des Art. 135 und die Unterbringung nach § 1666 BGB. und die subsidiäre Natur jener auch nach hessischem Rechte.

h) Schiller, PreußVerwBl. **24** 58: Die Armenpflege dient nur zur Beseitigung wirtschaftlicher Not; rein erzieherische Maßnahme ist aber die Unterbringung des Kindes bei anderen Stellen wegen sittlicher Gefährdung im Elternhause; deshalb hat in diesem Falle Fürsorgeerziehung stattzufinden.

i) Pitel, CBlFrG. **4** 671: Auch vermögende Kinder und solche, die leistungsfähige, unterhaltspflichtige Verwandte haben, können zur Fürsorgeerziehung gebracht werden.

Der Fall der Unterbringung auf öffentliche Kosten im Sinne des Art. 135 Abs. 2 ist gegeben, wenn die Kosten aus öffentlichen Mitteln auch nur vorgeschossen werden; s. JDR. **1** Ziff. 3 zu Art. 135.

k) S. auch o. zu § 1666 BGB. III 4.

Art. 136. OLG. **6** 64 (Hamburg): Hat der Anstaltsvorstand „alle Rechte und Pflichten eines Vormundes", so kann er nicht nur gemäß § 1707 BGB. die Stellung eines Beistandes der Mutter gegenüber einnehmen, er hat vielmehr Recht und Pflicht der Sorge für die Person nach § 1631 BGB. in vollem Umfange. Dagegen führt Schäfer, R. **03** 304, aus, daß auch gegenüber dem Anstaltsvorstand als gesetzlichem Vormunde der Mutter nach § 1707 Satz 3, §§ 1696, 1697 BGB. die elternrechtlichen Sorgerechte zustehen (Folge: Die Hingabe des Mündels in Dienst oder Arbeit beeinträchtigt das mütterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht, sodann ihr Recht aus § 1617 auf Verwertung der Arbeitskraft des Mündels, und macht den Vormund der Mutter ersatzpflichtig wegen widerrechtlichen Eingriffs in ihr Recht, falls dieses nicht durch die Rücksichtnahme auf die Kindesinteressen verboten ist.)

Über das zuständige Vormundschaftsgericht für die vor 1. 1. 00 gemäß Dekret v. 19. 1. 1811 in Elsaß-Lothringen in Pflegeanstalten untergebrachten Mündel: Schreiber, ElsLothrZ. **26** 253; s. JDR. **1** Ziff. 12 zu Art. 136.

Beschwerderecht des Bürgermeisters gegen Entsetzung des Generalvormundes als solchen. OLG. 6 298 (KG.).

Die Anwendbarkeit des § 36 Abs. 1 Satz 2 auf die gesetzliche Vormundschaft des Art. 136 EGzBGB. erscheint sehr zweifelhaft. Dernburg, Bürg. Recht IV 321 Anm. 4.

Art. 138. Das Privileg, daß erblose Güter an gesetzlich besonders privilegierte Personen fallen sollen, ist aufrechterhalten, jedoch mit der Abänderung, daß sie nicht mehr Privaten, sondern nur noch juristischen Personen des öffentlichen Rechtes, z. B. Städten, zustehen; diese erhalten nur noch die Stellung eines Erben nach BGB. und nicht die davon etwa abweichende Rechtslage eines Erben nach dem zur Zeit der Erteilung des Privilegiums geltenden Rechte. Das Privilegium hat jedenfalls nur noch Kraft für einen erblosen Nachlaß und gilt nicht mehr, wie zuweilen früher, neben Verwandten eines Verstorbenen. Stammler, Privilegien und Vorrechte 26.

Art. 140. Die Anordnung der Ausfertigung eines Nachlaßverzeichnisses steht unter denselben Regeln wie nach § 1960 BGB. Dem verzeichnenden Notar stehen sämtliche Zwangsmittel zur Seite. Ist die landesgesetzliche Ausführungsvorschrift ergangen, um das Verfahren hinsichtlich der Gemeinschaftsauseinandersetzung zu unterstützen, so ist der Zusammenhang mit den reichsrechtlichen Bestimmungen des EG. nur so herzustellen: die amtliche Nachlaßverzeichnung schafft dem Teilhaber an der Gesamthandgemeinschaft Kenntnis von der Teilungsmasse, die gegen die übrigen Berechtigten durch Zwang erhoben ist. Das Nachlaßgericht muß aber auf Vorschlag der Erschienenen die im Auseinandersetzungstermin Ausgebliebenen trotz des amtlich aufgenommenen Verzeichnisses in betreff einer den Nachlaß abweichend darstellenden Vereinbarung kontumazieren. Carlebach, Das notarielle Vermögensverzeichnis, DNotVZ. **03** 10 ff.; s. besonders daselbst 33 ff. über die Entstehungsgeschichte des Art. 140.

Art. 141. Brettner, Das öffentliche Testament und seine Vorzüge, CBlFrG. **3** 382 ff.: Das richterliche Testament kommt überall in Fortfall, wo ein deutscher Bundesstaat von dem Vorbehalt in Art. 141 EGzBGB. zugunsten der Notare Gebrauch gemacht hat. Denn das Testament ist ein Rechtsgeschäft von Todes wegen. Daher können z. B. gerichtliche Testamente im bremischen Staate nach § 6 AGzBGB. nicht vorkommen, weil hier die ausschließliche Zuständigkeit der Notare für die Aufnahme von Testamenten bestimmt wird.

Bundesstaaten, die auf Grund des Art. 141 die Zuständigkeit der Gerichte oder der Notare ausgeschlossen haben, dürfen der gerichtlichen oder notariellen Urkunde eines anderen Bundesstaats, in dem diese Ausschließung nicht erfolgt ist, die Anerkennung nicht verweigern. Dies gilt auch bei dinglichen Verfügungen (EGzBGB. Art. 11 Abs. 2). Jastrow, Formularbuch 303.

Art. 144. Das BGB. hat keineswegs das ganze Rechtsverhältnis der Hinterlegung geregelt. Dies läßt sich auch nicht aus Artt. 144—146 folgern. Es ist zweifelhaft, ob dieses Hinterlegungsverhältnis dem öffentlichen oder dem Privatrecht angehört und seine Regelung durch die Reichs- oder Landesgesetzgebung zu erfolgen hat. Daß es rein privatrechtlich sei, kann weder aus dem Ausdrucke „Fiskus" noch aus den Worten „nähere Bestimmungen" in Art. 145 EG. gefolgert werden. Als Ergebnis ist anzusehen, daß der Landesgesetzgebung durch Artt. 144—146 EG. die Befugnis vorbehalten geblieben ist, das Hinterlegungsverhältnis öffentlich- oder privatrechtlich — jedoch innerhalb des Reichsrechts — auszugestalten. Kopf, Hinterlegungsverhältnis (Berlin 1903) 17—20; vgl. Planck VI 133, Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 444 Anm. 893.

Art. 151. Ob ein eröffneter Erbvertrag, den der Notar bisher offen verwahrt hatte, diesem zurückzugeben ist, richtet sich nach den einschlägigen landesrechtlichen Verfahrensvorschriften, die durch Art. 55 EGzBGB. nicht aufgehoben sind (Art. 151 EG.). Aus den §§ 2259, 2300 BGB. folgt das Gegenteil nicht; unter Ablieferung ist nicht notwendig die endgültige Entäußerung zu verstehen. In den Fällen der §§ 2273, 2300 ist Rückgabe sogar angeordnet. Ebensowenig folgt aber aus §§ 2264 etwas für die Frage. Auch das FrGG. enthält nichts darüber; es ist keine Kodifikation (§ 200 FrGG.). **RG. 53** 390 ff., JW. **03** Beil. 37 (näheres o. Ziff. 2 zu § 2300). A. M. OLG. **5** 344 (KG.), CBlFrG. **3** 801, 396.

Vierter Abschnitt.
Übergangsvorschriften.

Literatur: Affolter, System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts. Das intertemporale Privatrecht I Teil 2 1903. — Niedner, Böhms Z. **12** 373: Kollision der örtlichen und zeitlichen Kollisionsnormen. — Niemeyer, Böhms Z. **12** 39: Die zeitliche Geltung der Kollisionsnormen.

Art. 154. Eine vor dem 1. 1. 00 vorgenommene rechtsgeschäftliche Emanzipation unterliegt in ihren Voraussetzungen, ihrer Form, ihrem Inhalt und ihren Wirkungen dem alten Rechte, desgl. eine durch öffentlichen Willenstatbestand erfolgte Emanzipation (Gewaltsentlassung). Hierfür genügt, daß ein Antrag vor dem 1. 1. 00 gestellt wurde. Ausgenommen ist in Bezug auf ihre Wirkungen eine im französischen und badischen Rechtsgebiete vorgenommene Gewaltsentlassung. Die so Emanzipierten werden den Volljährigen des neuen Rechtes gleichgestellt, wenn sie am 1. 1. 00 das 18. Lebensjahr vollendet hatten, sonst aber den Minderjährigen des neuen Rechtes. Sie werden dann auch nicht dadurch volljährig, daß sie später das 18. Lebensjahr vollenden, und es steht ihnen nur der Weg offen, die Volljährigkeitserklärung nachzusuchen. Affolter, System 296.

Art. 155. Geisteskrankheit bedeutet hier im ersten Halbsatze geistige Gebrechlichkeit; im zweiten Halbsatze hat das Wort die technische Bedeutung des BGB. Aus der gesetzlichen Gleichstellung folgt, daß nach ALR. wegen Blödsinns Entmündigte, die in der Geschäftsfähigkeit nur beschränkt wurden, jetzt von der Geschäftsfähigkeit ganz ausgeschlossen werden, nicht etwa umgekehrt zur vollen Geschäftsfähigkeit gelangten. Affolter a. a. O. 244 Anm. 2; vgl. Habicht, Einw. (3) 56, 57. Über die Bedeutung des Wortes Geisteskrankheit an anderen Stellen des Gesetzes vgl. o. zu § 6 BGB. Ziff. I 1.

Art. 156. Abs. 2. Die für einen Verschwender vor dem 1. 1. 00 angeordnete Beistandschaft verwandelt sich ohne weiteres mit diesem Zeitpunkt in eine Vormundschaft, auch mit Wirkung Dritten gegenüber. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 147.

Artt. 158—162. Art. 159. Affolter a. a. O. 209—217: Wo das frühere Recht dem Ehegatten des für tot Erklärten die Befugnis zusprach, sich wieder zu verheiraten, wird die Gültigkeit der Ehe nach dessen Vorschriften beurteilt, selbst wenn sie erst unter dem neuen geschlossen ist.

Die Ausschließlichkeit des neuen Rechtes nach Art. 159 ist nur dann gegeben, wenn eine Todeserklärung unter dem alten stattgefunden hat, nicht nur eine Verschollenheitserklärung, wie im Gebiete des französischen und badischen Rechtes (209).

Art. 163. 1. Rechtsprechung.

Affolter a. a. O. 344—347: Erlaubte Privatgesellschaften des alten Rechtes, z. B. Landwehrvereine in Preußen, sind, sofern sie nicht die Rechts-

fähigkeit nach Maßgabe des BGB. erworben haben, nach altem Rechte zu beurteilen. **RG.** SeuffBl. **68** 11, CBlFrG. **3** 542, Gruchots Beitr. **46** 1109.

2. Das BGB. und das PrAG. z. BGB. enthalten keine Vorschriften über die Beaufsichtigung von Stiftungen. In dieser Beziehung ist es bei dem früheren Rechte verblieben. Bei Familienstiftungen ist für die Aufnahme und Genehmigung von Familienschlüssen stets ein Gericht zuständig, auch wenn die Aufsicht über die Stiftung einer anderen Behörde obliegt. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Stiftung ihren Sitz hat, wenn aber die Verwaltung oder Beaufsichtigung einem anderen Gerichte zusteht, dieses Gericht. KGJ. **25** A 37, 38; R. **03** 179, 182 (916, 985).

3. Ein Verein alten Rechtes, der vor dem 1. 1. 00 zwar keine juristische Person darstellte, aber parteifähig war, kann zwar seit dem 1. 1. 00 nicht mehr klagen. Dieser Mangel wird aber durch die nachträgliche Eintragung des Vereins in das Vereinsregister wieder geheilt, so daß der Verein aktiv und passiv parteifähig ist. OLG. Stuttgart, WürttJ. **03** 257 ff.

4. Ein nach altem Rechte in das Genossenschaftsregister eingetragener Verein kann gleichzeitig in diesem gelöscht und in das Vereinsregister neuen Rechtes eingetragen werden. Zu einer Umwandlung in einen rechtsfähigen Verein bedarf es nicht erst der Auflösung der Genossenschaft und der Begründung eines neuen Vereins. LG. Leipzig, SächsA. **13** 96 ff.

Art. 166. Bei den sächsischen Vereinen sind auch die allgemeinen Vorschriften der §§ 53—56 SächsBGB. aufrechterhalten.

Dagegen sind in den Artt. 59, 65, 66, 67, 75, 83, 113 EG. für die dort genannten Genossenschaften usw. bloß die ausdrücklichen Sondervorschriften der Landesgesetzgebung, nicht auch die stillschweigend in ihnen enthaltenen Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes aufrechterhalten. Die Landesgesetzgebung ist jedoch berechtigt, künftig die Anwendbarkeit des neuen Rechtes auch in ihren allgemeinen Vorschriften durch neue Gesetze auszuschließen oder zu beschränken (Art. 3 EG.).

Art. 166 EG. bezieht sich auch auf solche vor dem Erlasse des sächsischen Gesetzes vom 15. Juni 1868 bestehenden Vereine, die sich nachträglich auf Grund dieses Gesetzes haben eintragen lassen. Affolter a. a. O.

Art. 167. Fritze, Gruchots Beitr. **47** 384 ff., sucht nachzuweisen, daß ein selbständiges Recht der Immobiliarzwangsvollstreckung zugunsten der landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten, wie es ihnen durch §§ 129—133 AllgGerO. und PrG. v. 7. 7. 83 gewährleistet war, durch die neue Reichsgesetzgebung, insbesondere das ZwVG. v. 24. 3. 97 und die Novelle zur ZPO., bestätigt ist. Die bezeichneten Anstalten sind als „Behörden" im Sinne des § 13 EG. z. ZwVG. zu erachten.

Art. 168. Verwandt mit Art. 168 sind Artt. 179, 184. Insofern Art. 179 obligatorische Veräußerungsverbote enthält, ist er nur ein Unterfall des Art. 168. Jedoch enthalten die Artt. 179, 184 nicht die Beschränkung zugunsten gutgläubiger Erwerber, wie Art. 168. Affolter a. a. O. 317 Anm. 2, 262 Anm. 1, 2.

Rechtsprechung.

1. Eine vor dem Jahre 1900 in das Grundbuch eingetragene Verfügungsbeschränkung des Inhalts, daß der Grundstückseigentümer ohne Genehmigung eines Dritten von dem Grundstücke weder etwas veräußern noch verpfänden darf, ist, falls nicht der Ausnahmefall des § 48 des Pr. Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. 5. 72 vorliegt, rechtswirksam gewesen, und die Rechtswirksamkeit dieser Verfügungsbeschränkung dauert auch unter der Herrschaft des BGB. fort. KGBl. **14** 34, R. **03** 238 (1282).

2. Eine Verfügungsbeschränkung, die den Abkömmlingen durch die Bestimmung des vor dem 1. 1. 00 gestorbenen Erblassers für die Erbteilung dahin auferlegt ist, daß das zum Nachlasse gehörende Gut dem Meistbietenden unter den Abkömmlingen zugeschlagen werden soll, bleibt nach Art. 168 in Kraft. **RG. 52** 176, 177 (vgl. zu Artt. 173, 213), JW. **02** Beil. 12.

Art. 169. Affolter a. a. O 139—144.

Abs. 2. Eine vom BGB. eingeführte kürzere Verjährungsfrist von 4 Jahren, die nach Art. 169 Abs. 2 von dem Inkrafttreten des BGB. an zu berechnen ist, endete am 31. 12. 03. Hedemann, DJZ. **03** 569 gegen Gutfeld, das. 542. (Näheres o. zu § 201 BGB.).

Rechtsprechung.

1. Art. 169 bezieht sich nicht auf das den Vorschriften der KO. unterstehende, einen Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB. nicht darstellende Anfechtungsrecht des Konkursverwalters. Hierfür sind in erster Linie die KO. und ihre Übergangsbestimmungen maßgebend. **RG. 54** 425.

2. Die Frist des § 864 BGB. — ein Jahr für die Geltendmachung von Besitzansprüchen — ist eine Ausschluß-, keine Verjährungsfrist und wird vom EG. Art. 169 nicht berührt. **RG.** JW. **03** 105 (vgl. zu Art. 180), R. **03** 483 (2440 Nr. 2), s. auch o. zu § 864 BGB.

3. Die prescription particulière des rheinischen Rechtes ist keine eigentliche, den Anspruch tilgende Verjährung, s. JDR. **1** zu Art. 169 und OLG. Cöln, RheinAB. **03** 99 ff.

4. Die Ausschlußfrist des § 124 BGB. ist auf die Geltendmachung der Anfechtbarkeit eines vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Kaufvertrags wegen Betrugs nicht anzuwenden. Dieser ist gemäß Art. 170 nach früherem sächsischen Rechte zu beurteilen, wonach diese Art der Anfechtbarkeit wegen Betrugs an keine Frist gebunden ist. Übergangsvorschriften wie für die Verjährungsfristen in Art. 169 enthält das BGB. nicht für Ausschlußfristen. Wegen ihrer verschiedenen Natur sind sie absichtlich nicht aufgenommen worden. Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des Art. 169 auf § 124 BGB. ist daher ebenfalls ausgeschlossen. OLG. Dresden, SächsA. **13** 382 ff., OLG. **6** 217, R. **03** 311 (1641) (s. auch o. zu § 124 BGB.).

5. Ist schon vor dem 1. 1. 00 auf Antrag die Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises angeordnet und dauert das Verfahren über den 1. 1. 00 fort, so wirkt es vom 1. 1. 00 ab, die Verjährung unterbrechend, auch wenn der Antrag nach dem zur Zeit seiner Stellung geltenden Rechte diese Wirkung nicht hatte. **RG.** JW. **02** Beil. 279, R. **03** 38 (308).

6. Gemäß Art. 169 bestimmt sich die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung nach dem bisherigen Rechte und kann auch nicht dadurch beseitigt werden, daß das neue Recht an den Eintritt gewisser Umstände (wie § 212 BGB.) die Wiederaufhebung der Wirkung der Unterbrechung knüpft. Daraus, daß das neue Recht die Wirkung der Unterbrechung nur unter gewissen Einschränkungen gelten läßt, folgt nicht, daß nun auch das alte Recht, soweit es zur Anwendung kommt, Einschränkungen unterworfen werden soll, die es selbst nicht aufgestellt hat. **RG. 52** 329, 330.

Art. 170. Ein Vertrag zugunsten Dritter, der unter dem alten Rechte abgeschlossen wurde, ist selbst dann nach diesem zu beurteilen, wenn die Beitrittserklärung des Dritten, die nach dem alten Rechte zum Rechtserwerbe für ihn erforderlich war, erst nach dem Inkrafttreten des neuen erfolgt.

Wurde unter altem Rechte ein wegen mangelnder Form nichtiger Vertrag geschlossen, der aber durch Erfüllung geheilt werden kann, und wird diese unter dem neuen vorgenommen, so bleibt das alte maßgebend.

Wurde eine unerlaubte Handlung unter altem Rechte begangen, so ist dieses maßgebend, selbst wenn der schädigende Erfolg erst unter dem neuen eingetreten ist.

Die Nebenschuldverhältnisse folgen den gleichen Grundsätzen, wie die Hauptschuldverhältnisse. So verbleiben die vertragsmäßigen Zinsen mit allen ihren Beschränkungen und Erweiterungen unter dem alten Rechte; dahin gehört z. B. das Verbot des ultra alterum tantum. Dasselbe gilt von der Vertragsstrafe, dem Draufgeld und der Bürgschaft. Ferner ist der Inhalt der (alten) Schuldverhältnisse und dessen Änderung nach altem Rechte zu beurteilen; danach richtet sich die Klagbarkeit, die Auslegung und Ergänzung des Inhalts des Schuldverhältnisses, desgleichen die Regelung des Wahlrechts bei Wahlobligationen, die Frage, ob eine Bring- oder Holschuld vorliegt, welcher Ort und welche Zeit für die Erfüllung gilt, der Grad der Sorgfalt, für den die Parteien einzustehen haben, der Inhalt der Rechnungslegungs- und Offenbarungspflicht. Die nachfolgende Unmöglichkeit der Erfüllung bestimmt sich nach altem Rechte, einerlei, ob sie verschuldet oder unverschuldet ist, ebenso die Haftung des Schuldners für Entwährung, die Frage, ob das Unvermögen der Unmöglichkeit gleichzustellen sei, die Voraussetzungen und Wirkungen des Rücktrittsrechts, des Schuldner- und Gläubigerverzugs, der Erfüllung und der anderen Arten des Erlöschens der Schuldverhältnisse. Affolter a. a. O. 299—315.

Rechtsprechung. (Vgl. zu Artt. 172, 173, 180 und IDR. 1.)

I. Allgemeines.

1. Das EGzBGB. enthält keine Bestimmung darüber, nach welchem Rechte auf einem Vertrage beruhende obligatorische Rechtsverhältnisse (insbesondere Schadensersatzforderungen aus Vertragsverletzung) zu beurteilen sind. Anwendbar ist indes in erster Linie dasjenige Recht, dem die Beteiligten das Vertragsverhältnis unterstellen wollten und in Ermangelung eines derartigen Vertragswillens das Recht des Erfüllungsorts. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 256; R. **03** 528 (2670).

2. Aus der Vorschrift des Art. 170 läßt sich nicht folgern, daß alle Tatsachen nach altem Rechte zu beurteilen sind, die auf ein bestehendes Schuldverhältnis einwirken und erst nach dem 1. 1. 00 entstanden sind. Hier ist vielmehr anzunehmen, daß das bisherige Recht nur dann anzuwenden ist, wenn die Tatsache das Schuldverhältnis seiner Natur nach berührt, wenn es sich also um eine weitere Entwickelung des Schuldverhältnisses handelt, daß aber in anderen Fällen das Recht des BGB. maßgebend erscheint (ebenso Planck, Komm. Art. 170 Anm. 1). Dies letztere gilt insbesondere auch von denjenigen Tatsachen, die den Übergang einer Forderung bezwecken, sie treten von außen an das Schuldverhältnis heran und bilden keine aus dem Wesen des Schuldverhältnisses folgende Entwickelung. OLG. Frankfurt a./M., R. **03** 19 (73).

3. Hat ein rechtsbeständiges Rechtsgeschäft unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes nicht bestanden, so kann auch Art. 170 nicht darauf angewendet werden. (Mitgiftversprechen, § 89 Einl., § 155 I. 5 ALR.) §§ 125, 516, 1624 BGB. **RG.** IW. **03** 129.

4. Die nach dem 1. 1. 00 erfolgte Bestätigung eines vor diesem Zeitpunkte geschlossenen Rechtsgeschäfts beurteilt sich nach neuem Rechte. OLG. **6** 34 (Stuttgart), R. **03** 105 (506).

II. Inhalt der Schuldverhältnisse.

1. Bei verzinslichen Darlehen, die vor dem 1. 1. 00 gegeben sind, ist, wenn über die Höhe der Zinsen eine besondere Vereinbarung nicht getroffen ist, gemäß Art. 1135 code civil der zur Zeit der Hingabe übliche und gesetzliche Zinsfuß von 5% als stillschweigend vereinbart anzusehen. Dieser ist nach Art. 170 auch nach dem Inkrafttreten des BGB. für das unter der Herrschaft

des code civil abgegebene Zinsversprechen maßgebend und die Anwendbarkeit der §§ 246, 288 BGB. ausgeschlossen. **RG.** ElsLothrJZ. 28 397.

2. Zu den Vorschriften über den Inhalt eines Schuldverhältnisses gehören auch diejenigen über die Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten, die er sich gefallen lassen muß. BayrOLG., R. **03** 156 (820) (gegen Planck Anm. 8c 278 und Habicht, Einw. (3) 232).

3. Das frühere Recht ist dafür maßgebend, welche Folgen die nach dem 1. 1. 00 durch Zufall oder Verschulden eingetretene Unmöglichkeit der Leistung aus einem vorher entstandenen Schuldverhältnisse hat. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 8, R. **03** 265 (1441).

4. Voraussetzungen und Folgen eines Gläubigerverzugs bei den vor dem 1. 1. 00 begründeten Schuldverhältnissen bestimmen sich ebenso wie die des Lieferungsverzugs nach altem Rechte. OLG. **6** 230 (KG.). Vgl. JW. **01** 867, **RG. 52** 262. S. ferner o. zu § 293 BGB. Ziff. 6.

5. Die Voraussetzungen des Verzugs, insbesondere die Notwendigkeit der Inverzugsetzung bemessen sich bei einem vor dem 1. 1. 00 abgeschlossenen Vertrage nach dem alten Rechte, wenn die Tatsachen, infolge deren der Verzug eintritt, in die Zeit nach Einführung des BGB. fallen. Dagegen ist alsdann für die Form der Inverzugsetzung das neue Recht maßgebend, wonach die einfache Mahnung genügt. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 127 ff. A. M. Zweibrücken, Puchelts Z. **34** 234 ff. ⟶ Übereinstimmend mit Planck gegen Habicht. ⟵

6. Für das Rücktrittsrecht des Gläubigers von einem vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossenen Vertrags infolge eines nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetretenen Leistungsverzugs des Schuldners sind die bisherigen Gesetze maßgebend. **RG. 52** 262 ff.; DJZ. **03** 81, SeuffA. **58** 305. Vgl. JDR. **1** zu Art. 170 u. zu § 343 BGB. Note 6b Abs. 5. **RG.** JW. **01** 867/868.

7. Voraussetzungen und Folgen eines erst nach dem 1. 1. 00 eingetretenen Verzugs, sowohl Leistungs- als Annahmeverzugs, aus einem vor diesem Zeitpunkt entstandenen Schuldverhältnisse regeln sich nach den bisherigen Gesetzen. **RG.** JW. **03** Beil. 85, R. **03** 402 (2178), Gruchots Beitr. **47** 994, CBlFrG. **4** 88, SeuffA. **58** 307, OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **34** 364.

8. Die Form der Inverzugsetzung richtet sich nach den Vorschriften desjenigen Rechtes, unter dessen Herrschaft das Schuldverhältnis entstanden ist. Dies gilt namentlich bei Schuldverhältnissen aus der Zeit des französischen Rechtes, die sich in betreff der rechtlichen Bedeutung und namentlich der Wirkungen des Verzugs auf das Schuldverhältnis erheblich von denen des BGB. unterscheiden. OLG. Köln, R. **03** 44 (208), RheinA. **99** 146 ff.

III. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

1. Wenn ein vor dem 1. 1. 1900 gegebenes und angenommenes Verkaufsversprechen nach diesem Zeitpunkt abgeändert wird, so bedarf diese Abänderung nach § 313 BGB. in Verbindung mit Art. 44 ElsLothrAGzFrGG. zur Rechtswirksamkeit in Elsaß-Lothringen der notariellen Beurkundung. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 622.

2. Das Rücktrittsrecht nach § 326 BGB. gilt auch für alte Schuldverhältnisse. Art. 170 ist hier nicht anzuwenden. OLG. **6** 45 (Hamburg).

3. § 343 BGB. (Vertragsstrafe) hat keine rückwirkende Kraft, gleichviel ob die Zuwiderhandlung vor oder nach dessen Inkrafttreten stattgefunden hat und ob der Anspruch auf die Strafe vorher oder nachher entstanden ist. **RG. 53** 420, R. **03** 339 (1818). S. auch JDR. **1** zu § 343 BGB. Ziff. 6b u. o. zu § 343 Ziff 5.

IV. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

1. Da § 1164 BGB. auch auf ältere Hypotheken anwendbar ist, müssen die vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenen Schuldverhältnisse auch dem

durch § 1165 eingeführten neuen Erlöschungsgrund unterworfen sein. **RG. 53** 378 ff., JW **03** Beil 45, R. **03** 264 (1414).

2. Form und Rechtswirkungen eines Erfüllungsgeschäfts sind nach dem zur Zeit seiner Vornahme geltenden Rechte zu beurteilen. **RG.** DJZ. **03** 31.

3. Ob eine erst nach dem Inkrafttreten des BGB. erfolgte Hinterlegung das Erlöschen eines schon vorher bestandenen Schuldverhältnisses bewirkt, ist nach dem BGB. zu beurteilen. BayrObLG., R. **03** 44 (207); Mugdan, Materialien z. BGB. I 79, 223; Planck Anm. 9 b zu Art. 170; Niedner Anm. II 3 c zu Art. 170; **RG.** JW. **01** 182.

V. Übertragung der Forderungen.

1. Für Forderungsabtretungen, die im Gebiete des früheren französischen Rechtes vor dem 1. 1. 1900 erfolgt sind, ist auch nach dem Inkrafttreten des BGB. die Vorschrift des Art. 1690 code civil, daß sie Dritten und dem Schuldner gegenüber nur durch formale Zustellung oder Annahme durch den Schuldner wirksam werden, maßgebend geblieben. §§ 398, 406, 407 BGB. sind deshalb auf ein solches Rechtsverhältnis nicht anwendbar. **RG. 53** 198, JW. **03** Beil. 20, R. **03** 182 (986), Puchelts Z. **34** 87, RheinA. **99** 110.

2. Das Gläubigerrecht des Art. 1166 code civil ist durch das BGB. beseitigt. OLG. Colmar, Puchelts Z. **33** 605 ff.

VI. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

1. Inhalt, Umfang und Wirkungen eines unter dem alten Rechte entstandenen Schuldverhältnisses bestimmen sich nach diesem. Dahin gehört auch die Einwirkung der Beteiligung einer Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern an einem Schuldverhältnisse. **RG.** JW. **03** 117.

2. Für die Beurteilung der rechtlichen Beziehungen unter Mitbürgen, die die Bürgschaft vor dem Inkrafttreten des BGB. übernommen haben, ist auch seit 1. 1. 1900 das zur Zeit der Entstehung der Mitbürgschaft in Geltung gewesene frühere Recht maßgebend. ➞ §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB. ← OLG. Stuttgart, R. **03** 314 (1690).

VII. Einzelne Schuldverhältnisse.

1. Mäklervertrag.

a) Das frühere Recht ist anzuwenden, wenn der Ehemäklerlohnvertrag vor dem Inkrafttreten des BGB. klagbar abgeschlossen war, einerlei ob der Makler erst unter dem neuen Rechte tätig geworden oder die Ehe erst unter ihm zustande gekommen ist. OLG. Frankfurt a/M., R. **03** 293 (1566).

b) Die Beurteilung der Klagbarkeit eines vor dem 1. 1. 1900 entstandenen Anspruchs auf Ehemäklergebühren (§ 656 BGB.) richtet sich nach altem Rechte. OLG. Zweibrücken, Puchelts Z. **34** 540 ff. S. auch JDR. **1** zu § 656 BGB. Ziff 2.

2. Gesellschaft.

a) Der vor dem 1. 1. 1900 geschlossene und damals wegen Mangels der Form ungültige Gesellschaftsvertrag wird auch dadurch nicht von selbst gültig, daß er seit dem 1. 1. 1900 einer Form nicht mehr bedarf und das Geschäft tatsächlich fortgeführt war. **RG.** JW. **03** Beil. 42, R. **03** 236 (1231).

b) Eine Gesellschaft ist ein Schuldverhältnis, denn die Vorschriften, die ihre inneren und äußeren Beziehungen regeln, finden sich gerade in dem das Recht der Schuldverhältnisse überschriebenen 2. Buche unter dem die einzelnen Schuldverhältnisse behandelnden Abschnitte 7. Art. 170 EG. ist daher auf Gesellschaften anzuwenden. OLG. **6** 445 (Dresden), R. **03** 341 (1856).

c) Die Rechtsverhältnisse einer vor dem 1. 1. 1900 geschlossenen Gesellschaft bestimmen sich nicht nach Art. 163, sondern nach Art. 170 EG. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Gesellschafter und die Voraussetzungen für

die Aufhebung der Gesellschaft sind daher nach altem Rechte zu beurteilen. HansOLG, HansGerZ. **03** 53.

d) Nicht rechtsfähige Vereine, die bereits vor dem 1. 1. 1900 bestanden haben, unterstehen dem neuen Rechte nicht. ➳ § 54 BGB. ⟵ OLG. Frankfurt a/M., R. **03** 456 (2343).

e) § 723 BGB. ist zwingender Natur und gilt auch für die vor dem 1. 1. 1900 entstandenen Gesellschaften. OLG. **6** 445 (Kiel).

3. Spiel und Wette.

RG. JW. **03** Beil. 31. Die Vorschrift des § 762 Abs. 1 Satz 1 BGB. ist nicht rückwirkend. (Näheres o. Ziff. 5 zu § 762 BGB.)

4. Unerlaubte Handlungen.

Für das Schuldverhältnis aus einer unerlaubten Handlung ist der Zeitpunkt der Begehung der Handlung, nicht jener des eingetretenen Erfolges maßgebend. Danach ist die Frage zu beantworten, welches Recht auf ein solches Schuldverhältnis dann anzuwenden ist, wenn der Zeitpunkt der Begehung und der des Erfolges auseinanderfallen. BayrObLG., R. **03** 81 (364).

Nach **RG. 52** 119 ff. ist aber zu unterscheiden zwischen Handlungen und Unterlassungen, die an sich schon eine Rechtsverletzung des Beschädigten begründen, bei denen der Erfolg erst die Tragweite der Schädigung bestimmt, und solchen, bei denen der Erfolg erst ein Schuldverhältnis begründet.

5. Familienrechtliche Schuldverhältnisse.

a) Familienrechtliche Schuldverhältnisse, auf die Art. 170 anwendbar ist, sind die im Familienrechte behandelten Obligationen, die zwischen geschiedenen Eheleuten infolge der Scheidung zur Entstehung gelangen (**RG. 50** 303, Gruchots Beitr. **46** 462), ebenso diejenigen, die durch den Rücktritt beim Verlöbnis entstehen. Rehbein, BGB. II 11. Die Bestimmung § 264 II. 1 ALR. begründet zwischen den Eheleuten mit der Aufbesserung der Vermögensverhältnisse des Mannes ohne weiteres ein durch die spätere Gesetzgebung nicht mehr veränderliches Schuldverhältnis nicht. OLG. Posen, PosMschr. **03** 5/6.

b) Nach gemeinem Rechte können nach dem Grundsatze in praeteritum non vivitur Alimente für die Vergangenheit auch im Falle des Verzugs nicht gefordert werden. Anders § 1613 BGB. Ist der Schuldner schon vor dem 1. 1. 1900 gemahnt, so kann Unterhalt für die Vergangenheit vom 1. 1. 1900 an gefordert werden, ohne daß es einer neuen Mahnung bedarf. OLG. Braunschweig, R. **03** 505 (2552).

Art. 171. Affolter a. a. O. 319—321, 397—399: Die stillschweigende Fortsetzung des Mietverhältnisses begründet nicht die Herrschaft des neuen Rechtes. Die Kündigung muß für beide Teile zulässig sein. Trotz des Eingreifens des neuen Rechtes von diesem Zeitpunkt ab ist der unter dem alten Rechte abgeschlossene Vertrag nach dessen Vorschriften auszulegen. Die Vertragsbestimmungen behalten ihre Wirksamkeit, sofern sie nicht gegen zwingende Vorschriften des neuen Rechtes verstoßen. Besteht nach dem alten Rechte kein Kündigungs-, sondern nur ein Rücktrittsrecht, so greift Art. 171 nicht ein. Ohne die Voraussetzungen des Art. 171 ist keine der neuen Vorschriften ausschließlich, selbst nicht eine zwingende. Art. 171 bezieht sich nicht auf handelsrechtliche Dienstverhältnisse. S. ferner Affolter a. a. O. 403/404.

Rechtsprechung.

I. Entstehung und Endigung des Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisses.

1. Mit dem Ausdrucke „Miet- oder Dienstverhältnis" in Art 171 soll das ganze Rechtsverhältnis umfaßt werden, also nicht bloß die Rechtsbeziehungen

der Vertragschließenden während des Vertrags, sondern auch die aus dessen Auflösung sich ergebenden Ansprüche. RG. R. 03 577 (2948).

2. Gemäß Art. 171 bestimmt sich das Dienstverhältnis von diesem Termin an nach den Vorschriften des BGB. Die Frage, ob der Vertrag rechtsgültig zur Entstehung gelangt ist, bleibt von der Einwirkung des neuen Rechtes unberührt, desgleichen diejenigen, ob eine ihm hinzugefügte Konkurrenzklausel den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. RG. JW. 03 Beil. 49.

3. Auf ein vor dem Inkrafttreten des BGB. begründetes Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis ist das BGB. erst anwendbar von dem Zeitpunkt ab, zu dem nach Inkrafttreten des BGB. das Verhältnis frühestens von beiden Vertragsteilen gekündigt werden konnte. Stillschweigende Unterwerfung eines Miet- oder Pachtverhältnisses unter das neue Recht ist nur dann anzunehmen, wenn beiden Teilen die Auflösung des Vertragsverhältnisses gestattet war. Eine Beurteilung der Leistungen und Pflichten der zur Kündigung berechtigten Partei nach neuem und die der anderen nach altem Recht ist unzulässig. RG. JW. 03 20, DJZ. 03 127, NaumbAK. 03 10.

4. Über die Kündigung eines vor dem 1. 1. 1900 auf bestimmte Zeit mit bestimmten Kündigungsfristen abgeschlossenen Mietvertrags, der nach Ablauf dieser Frist unter der Herrschaft des BGB. stillschweigend fortgesetzt worden ist, s. o. zu § 568 BGB.

5. § 570 BGB. (vorzeitiges Kündigungsrecht der Beamten) findet nach Art. 171 EG. auch auf ein Mietverhältnis Anwendung, das nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht für den ersten Termin gekündigt ist, für den die Kündigung nach den bisherigen Gesetzen zulässig war. Damit ist ein neuer, dem bisherigen Rechte fremder gesetzlicher Kündigungsgrund geschaffen, der bestehende Verträge mindestens dann durchbricht, wenn der Mieter nicht auf die Rechtswohltat des § 570 verzichtet. OLG. Dresden, DJZ. 03 131, Egers eisenb. E.u.A. 19 317.

6. Ein Pachtvertrag, der nach dem zur Zeit seines Abschlusses geltenden ALR. wegen Mangels der gerichtlichen oder notariellen Form nur auf ein Jahr gültig war und unter Innehaltung einer sechsmonatigen Frist für den Schluß eines jeden Pachtjahrs gekündigt werden konnte, geht auch nur in dieser beschränkten Wirksamkeit in die Geltungszeit des BGB. über. RG. JW. 03 Beil. 85, R. 03 402 (2179).

7. Neben diesen Bestimmungen über die Kündigung gelten die von den Parteien in gültiger Weise getroffenen Vereinbarungen, soweit sie nicht im Widerspruche mit zwingenden Vorschriften des BGB. stehen. Art. 171 tritt nur überall ergänzend ein, wo nicht durch besondere Abreden der Parteiwille festgelegt und klar ersichtlich ist. AG. u. LG. Mainz, HessRspr. 4 14.

II. Pfand- und Vorzugsrecht des Vermieters und Verpächters (vgl. o. Ziff. 3 zu § 559 BGB.).

1. Die Bedeutung des Art. 171 besteht darin, daß das Mietverhältnis in dem dort bestimmten Zeitpunkte so anzusehen ist, als ob das alte Mietverhältnis zu dieser Zeit beendet gewesen und ein neues abgeschlossen sei, so daß die gesamten Verhältnisse der Parteien mit Einschluß des Mietpfandrechts während der ersten Periode nach altem, während der zweiten nach neuem Rechte zu beurteilen sind. HansOLG., HansGerZ. 03 Beibl. 194. Vgl. OLG. Karlsruhe, DJZ. 03 132 (a. M.).

2. Auch das mit dem Beginne des Mietverhältnisses vor 1900 entstandene Vorzugsrecht oder Mietprivileg des Vermieters an den in die Wohnung eingebrachten Sachen des Mieters — nach französischem Rechte das Vorzugsrecht des Art. 2102 code civil — bleibt für die nach dem 1. 1. 1900 durch Vertrag be-

stimmte Dauer der Miete den früheren gesetzlichen Bestimmungen unterworfen. OLG. Cöln, R. **03** 44 (206), Puchelts Z. **34** 226ff., RheinA. **99** 117ff.

3. Das Vorzugs- und Pfandrecht des Vermieters, sein Entstehen und sein Erlöschen, bemessen sich ausschließlich nach dem für das ganze Mietverhältnis maßgebenden Rechte. Das BGB. ist nach dem 1. 1. 1900 auf alle vorher begründeten Mietverhältnisse und die hierauf sich gründenden Vorzugs- und Pfandrechte anwendbar, wenn nicht die Kündigung nach dem 1. 1. 1900 für den ersten Termin erfolgte, für den sie nach altem Rechte zulässig war. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 332ff.

Art. 172. War das Miet- oder Pachtrecht durch Eintragung dinglich geworden, so bleibt es unter dem Schutze des Art. 179. Art. 179 wird durch Art. 171 nicht eingeschränkt. Außerdem steht ein dingliches Mietrecht unter dem Schutze des Art. 184. Jener Schutz wird auch den Mietern beweglicher Sachen gewährt, jedoch nicht den Pächtern von Rechten. Das neue Recht findet nur auf das Rechtsverhältnis des Mieters zu dem Erwerber, nicht auch auf das zu dem Vermieter Anwendung. Die Pflichten des Mieters gegen den Erwerber richten sich nach altem Rechte. Unter Art. 172 fallen nicht solche Veräußerungen, die einem den Landesgesetzen vorbehaltenen Gebiet angehören, desgleichen nicht Rechte, die der Mieter oder Pächter im Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren hat. Affolter a. a. O. 399—403.

Rechtsprechung.

1. Unter Veräußerung ist hier nicht eine im Wege der Zwangsversteigerung vorgenommene Veräußerung zu verstehen. Die Artt. 170, 171, 172, 173 EG. sind nicht ohne weiteres auf Zwangsversteigerungen anwendbar und § 57 Zw.VG. einzuschränken geeignet. OLG. Colmar, R. **03** 265, OLG. **6** 431ff. (1443).

2. **RG. 53** 247ff: Entgegen Habicht, Einw. (3) 286ff. ist mit Planck, Komm. Anm. 3 zu Art. 172 diese Bestimmung so auszulegen, daß §§ 571ff. BGB. nur die Wirkungen der Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks auf diejenigen in Ansehung des Grundstücks bestehenden Miet- oder Pachtverhältnisse bestimmen sollen, die nach dem Inkrafttreten des BGB. eingegangen sind. (Näheres o. Ziff. 2c zu § 571 BGB.)

Art. 173. Das neue Recht findet Anwendung auf alle Gemeinschaften nach Bruchteilen, ausgenommen die durch Erbrecht begründeten. Ausgenommen sind diejenigen, welche zu einem der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebiete gehören. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand des alten Rechtes untersteht Art. 173 nicht, wohl aber die Gemeinschaft des französischen Rechtes. Beruht die Gemeinschaft auf einem Gesellschaftsvertrage, so gelangt das neue Recht nicht zur Anwendung. Auch bei einer früheren nicht vertragsmäßigen Gemeinschaft können wirksame Vereinbarungen der Genossen vorliegen. Ist durch eine solche das Verfügungsrecht der Genossen über ihren Anteil beschränkt, und wirkt sie kraft alten Rechtes gegen Dritte, so behält sie diese Wirkung gegen bösgläubige Sondernachfolger. Eine Vereinbarung, welche die Aufhebung der Gemeinschaft auf längere Zeit ausschloß, als nach altem Rechte statthaft war, wird auch nicht unter neuem Rechte gültig, selbst wenn sie nach dieser an sich zulässig wäre. Vereinbarungen über die Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache oder den Ausschluß der Aufhebung der Gemeinschaft, die nach altem Rechte für die Erben und Sondernachfolger nicht bindend werden, werden es auch nicht unter dem neuen. Die zwingende Vorschrift des § 749 Abs. 3 BGB. gilt jedoch älteren Vereinbarungen gegenüber. Die Art und Weise der Aufhebung der Gemeinschaft untersteht dem BGB., unbeschadet der erledigten und rechtshängigen Sachen. Die Wirkungen der Auseinandersetzung unter den Teilhabern bestimmen sich nach der Rechtsordnung, unter der sie erfolgt, unbe-

schadet des Art. 170. Das frühere Recht entscheidet aber wenn die Wirkung eine Folge eines unter ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfts ist. Affolter a. a. O. 404—406.

Rechtsprechung.

S. zu Artt. 168, 181, 213 (**RG. 52** 174ff).

Artt. 174—178. Affolter a. a. O. 327—333, 406—410.

Art. 174. S. Allgemeines Art. 2. (Stammler, Privilegien und Vorrechte.)

Art. 176. Mosler, Die Außerkurssetzung von Wertpapieren durch den Reichsinvalidenfonds, Holdheims MSchr. **12** 193—195: Durch Art. 176 werden die Bestimmungen des § 4 Abs 2 RG. 23. 5. 73 betreffend den Reichsinvalidenfonds dahin beeinflußt, daß die Außerkurssetzung von Inhaberpapieren durch den Reichsinvalidenfonds hinfort unzulässig ist.

Art. 179. Das alte Recht ist maßgebend für die Frage, ob Art. 179 oder 184 anzuwenden ist. Das Anwendungsgebiet des Art. 179 umfaßt hauptsächlich Miet- und Pachtverhältnisse. Nicht hierher gehören die Eintragungen in das Grundbuch im Gebiete des badischen Landrechts Satz 1583a, 939a, 1002a, 2181a, denn es wurden in Baden nicht obligatorische, sondern dingliche Rechte eingetragen. Die Voraussetzungen und Formen der Eintragung, ihre Richtigkeit und Anfechtbarkeit bestimmen sich nach altem Rechte. Ist das Grundbuch angelegt und das Recht, worauf sich der Anspruch bezieht, zwar im Grundbuch eingetragen, aber der Anspruch aus dem öffentlichen Buche nicht mitübertragen, so steht er auch fernerhin unter dem Schutze des Art. 179. Das Recht zur Sache (jus ad rem) des ALR. fällt nicht unter den Art. 179. Es wirkt daher unter neuem Rechte nicht gegen Dritte, wenn es vorher nicht eingetragen war. Dasselbe gilt von den Rechten aus den §§ 1124, 1134 sächs. BGB. Affolter a. a. O. 316, 317.

Rechtsprechung. (S. auch u. zu Art. 192).

Die Vormerkung des alten preußischen Grundbuchrechts fällt nicht unter Art. 192 EG., sondern unter Art. 179. **RG. 52** 43; s. zu Art. 192.

Art. 180. In den Gebieten, die der landesgesetzlichen Regelung verblieben sind, wirkt für den Besitz das alte Recht weiter; s. Artt. 65, 69 EG. Hier gibt es noch einen Rechtsbesitz am Jagd- und Fischereirechte, Regalien usw. Das alte Recht entscheidet auch darüber, ob der Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und an der fließenden Welle von Privatbächen Besitzschutz genießt.

Der im alten Rechte häufig anerkannte Besitz an Reallasten und Vorkaufsrechten erlischt daher im Zeitpunkte des Inkrafttretens des neuen. Der Besitz an anderen dinglichen Rechten kann, soweit er nicht wie beim Nießbrauche, Wohnungsrechte, Pfandrecht, Erbbaurechte zugleich Sachbesitz ist, nur noch als Besitz eines eingetragenen Rechtes geschützt werden (s. §§ 1029, 1090 BGB.). Die Frist, nach deren Ablaufe der Anspruch aus der Besitzstörung erlischt oder verjährt, bestimmt sich nach altem Rechte. Das neue Recht kennt eine besondere Verjährung der Besitzklagen. Ihre einjährige Ausschlußfrist gilt nicht für Ansprüche, die auf altem Rechte beruhen. Affolter a. a. O. 373—375.

Rechtsprechung.

1. Ansprüche, die zur Zeit der Geltung des alten Rechtes nach diesem dem Besitzer erwachsen sind, werden durch das neue Recht nicht berührt, desgleichen nicht die demselben Zwecke dienenden Einreden, so die Spolieneinrede des gemeinen Rechtes. Ist das Besitzdelikt vor dem 1. 1. 00 vollendet, so beurteilen sich nicht nur Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche, sondern auch der Anspruch auf Herstellung des entzogenen oder gestörten Besitzes nach altem Rechte. OLG. **6** 255 (Stettin). Bestätigt vom **RG.** JW. **03** 105, R. **03** 483 (2440).

2. Die Beurteilung der Folgen, die sich an ein Besitzverhältnis knüpfen, untersteht vom 1. 1. 00 ab dem BGB., einerlei ob das Besitzverhältnis schon damals bestand oder erst nachher begründet wurde, daher auch dem § 1006 BGB. **RG.** JW. **03** Beil. 89, 90, R. **03** 432 (2303).

Art. 181. Übergangsvorschriften über Eigentumsrecht mehrerer an derselben Sache, Strübe, BadRpr. **03** 96—97: Steht das Eigentum an einer Sache zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. mehreren Personen zu, so finden nach Art. 181 Abs. 1 EG. von diesem Zeitpunkt an die Vorschriften des BGB. Anwendung mit folgenden Ausnahmen:

a) Die bisherigen Gesetze bleiben für den Verlust des Eigentums maßgebend, bevor das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.

b) Gemäß Art. 181 Abs. 2 EG. bleiben bestehen das Eigentum an einer Sache, das mehreren nicht nach Bruchteilen zusteht (a. M. Planck Anm. 6 b) und das Sondereigentum an stehenden Erzeugnissen eines Grundstücks. Dasselbe gilt für „offene Handelsgesellschaften" alten Rechtes, die Gemeinschaften zur gesamten Hand sind.

c) Soweit besondere erbrechtliche Vorschriften das Eigentumsrecht an den zur Erbschaft gehörenden Gegenständen regeln, sind gemäß Art. 213 EG. die bisherigen Gesetze maßgebend, sofern der Erbfall vor 1900 eingetreten ist, besonders für den Fall einer Mehrheit von Erben. Die einschränkende Bestimmung des bad. Landrechts (Satz 829, 833, 856), daß der Miterbe vor der Teilung der Erbschaft nicht über seinen Anteil an einzelnen zur Erbschaft gehörenden Sachen, sondern nur über seinen Erbteil im ganzen verfügen kann, bleibt darnach bestehen. Jedoch gilt diese Verfügungsbeschränkung nicht, und EG. Art. 181 Abs. 1 findet Anwendung, wenn die Miterben eine teilweise Teilung der Erbschaft vorgenommen haben. Dagegen besteht die Vorschrift des bad. Landrechts (Satz 883) nicht mehr, da sie nicht speziell erbrechtlich ist; a. M. Habicht, Einw. (3) 712 Anm. 1, 713.

d) Auf die Gemeinschaft einer vor dem 1. 1. 00 geschlossenen und später aufgelösten Ehe, einer communio incidens, findet Art. 181 Abs. 1 EG. Anwendung, nicht dagegen, wenn die Ehe schon vor dem 1. 1. 00 aufgelöst war; a. M. Planck Anm. 2 zu Art. 200 EG., Endemann, Habicht. Folgt man der herrschenden Ansicht, so gilt für die Gemeinschaft unter den Ehegatten oder ihren Rechtsnachfolgern dasselbe wie für die Gemeinschaft unter den Miterben; an die Stelle der Erbschaft tritt das Gemeinschaftsvermögen. (LR. 1476.)

e) Ferner kommen in Betracht: Gesetz betr. die geschlossenen Hofgüter vom 20. 8. 98; Art. 36 bad. AGzBGB. (Stammgut) und Art. 13 daselbst (gemeinschaftliche Mauern).

Soweit die actio negatoria auf Schadensersatz geht, entscheidet über dessen Umfang das alte Recht, wenn unter seiner Herrschaft die störende Handlung vorgenommen wurde, soweit sie jedoch auf Verwirklichung des Eigentumsinhalts gerichtet ist, das neue; es sei denn, daß die Klage im Zeitpunkte des Inkrafttretens des BGB. bereits anhängig war. Die Vorschriften des neuen Rechtes über die Eigentums- und die publizianische Klage beziehen sich nicht auf die Besitzverhältnisse, die noch unter altem begründet wurden. Daher kann der Kläger, der unter altem Rechte Subjekt eines Besitzverhältnisses geworden ist, sich nicht auf die Rechtsvermutungen des § 1006 Abs. 1 BGB. berufen. Desgleichen gelten die Vorschriften der §§ 1006 Abs. 2, 1007 BGB. nicht zugunsten eines Besitzers, der die bewegliche Sache nur vor dem 1. 1. 00 im Besitze gehabt hat. Auch die Rechtsvermutungen zugunsten des Eigentums an Liegenschaften richten sich nach altem Rechte, wenn der Erwerb unter ihm stattfand. Affolter, a. a. O. 375—383. Über Art. 181 Abs. 2 s. Affolter a. a. O. 256, 257.

Rechtsprechung. (S. auch u. zu Art. 184).

1. Rechtsvorgänge, die vor dem 1. 1. 00 liegen und den Erwerb von Eigentum begründet haben, sind nach den zu ihrer Zeit geltenden Rechtsnormen zu beurteilen. Hans. OLG., HansGerZ. **03** 85.

2. Die Vorschriften des BGB. haben auf die Eigentumsklage Anwendung zu finden, auch wenn sie bereits am 1. 1. 00 anhängig gewesen oder schon ein Urteil erster Instanz ergangen war, weil ihre Rückwirkung durch Art. 181 EG., abgesehen von der Ausnahme im Abs. 2, uneingeschränkt angeordnet ist. **RG.** JW. **03** Beil. 89, R. **03** 432 (2303).

3. Sind Sachen, die nach § 97 BGB. als Zubehör anzusehen sind, vor dem 1. 1. 00 nur deshalb nicht Zubehör gewesen, weil sie nicht dem Eigentümer der Hauptsache gehörten und das damalige Recht die Übereinstimmung des Eigentümers für die Begründung der Zubehöreigenschaft forderte, so erlangten sie mit dem 1. 1. 00 von selbst die Zubehöreigenschaft. Art. 181 hindert nicht, daß die rechtliche Natur von Sachen durch die neue Gesetzgebung sich ändert. **RG. 53** 350 ff., R. **03** 208 (1093), JW. **03** 45. S. auch o. zu § 97 BGB. III.

4. Das BGB. erkennt ein von dem Eigentum am Grund und Boden verschiedenes Immobiliareigentum an Gebäuden nicht (BGB. § 93) an und hat das nach früherem Rechte etwa vorhandene Sondereigentum, abgesehen von dem nicht vorliegenden Falle des Stockwerkseigentums, nicht aufrechterhalten. **RG.** JW. **03** 90; vgl. OLG. **7** 32 (Königsberg).

5. Für einen vor dem 1. 1. 00 errichteten Überbau kommen nach dieser Zeit die Bestimmungen der §§ 912 bis 916 BGB. zur Anwendung. OLG. Cöln, Puchelts Z. **33** 608; s. JDR. **1** zu Art. 187.

6. Insbesondere zu Abs. 2.

Auch kann landesrechtlich Eigentum dieser Art noch heute neu begründet werden; s. die Bemerkungen o. zu BGB. § 1006.

a) Das BGB. erkennt ein Miteigentum nach Bruchteilen bei einer dem Vorteile beider Nachbarn dienenden Scheidemauer nicht an. Ein Miteigentum nach Bruchteilen gilt auch für Scheidemauern nicht mehr, für die es bis zum 1. 1. 00 bestand. **RG. 55** 307, JW. **03** Beil. 39; R. **03** 236 (1247). Über Grenz- und Kommunemauern s. auch insbesondere JDR. **1** zu § 921 BGB. Note 8 und JDR. **2** o. zu §§ 921, 922.

b) Der Vorbehalt des Abs. 2 bezieht sich nicht auf solche mit dem Grund und Boden fest verbundene Gegenstände (z. B. Motore), die nach dem BGB. als wesentliche Bestandteile anzusehen sind. Ein an ihnen begründetes Sondereigentum ist mit dem 1. 1. 00 erloschen, soweit nicht die §§ 94, 95 BGB. eingreifen. OLG. **6** 214 (Karlsruhe), R. **03** 211 (1139). S. auch o. zu § 93 BGB. Ziff. 4 d.

Art. 183. S. o. zu Art. 131. — Zum Stockwerkseigentume sind auch diejenigen Rechte zu rechnen, bei denen ein Miteigentum der Berechtigten am ganzen Gebäude nach Bruchteilen mit einer Grunddienstbarkeit an den einzelnen Stockwerken stattfindet. Diese Form kann auf Grund des Art. 131 EG. mit Hilfe der Landesgesetze auch noch unter neuem Rechte begründet werden (sog. uneigentliches Stockwerkseigentum). Das obligatorische Rechtsverhältnis der Beteiligten untereinander bestimmt sich sowohl beim eigentlichen wie beim uneigentlichen Stockwerkseigentume nach altem Rechte. Desgleichen Recht und Pflicht zur Unterhaltung des Gebäudes, Verteilung der Lasten, Beschränkung der Beteiligten in der Verfügung über ihr Recht. Die Unteilbarkeit des Rechtes oder die Vorkaufsrechte haben Wirksamkeit gegen Dritte auch ohne Eintragung ins Grundbuch. Die Übertragung des Stockwerkseigentums bestimmt sich nach altem Rechte, ebenso sein Untergang in der Zwischenzeit und auch noch später, solange das

Recht noch nicht ins Grundbuch eingetragen ist (Art. 189 Abs 1, 3 EG.). Ist das Recht ins Grundbuch eingetragen, so gilt § 875 BGB. Affolter a. a. O. 257—259.

Art. 184. Satz 1. Affolter a. a. O. 259—264: Die dinglichen Rechte des alten Rechtes bleiben bestehen, auch wenn ihre Begründung unter dem neuen unzulässig wäre. Liegt beim Inkrafttreten des neuen bloß ein obligatorischer, auf Begründung eines nach BGB. unzulässigen dinglichen Rechtes gerichteter Vertrag vor, so kann es nicht mehr begründet werden. — Die bestehenden dinglichen Rechte behalten den ihnen nach altem Rechte zukommenden Inhalt selbst dann, wenn das neue gleichartigen Rechten einen abweichenden gibt. Die sog. Legalservituten gehören nicht hierher; diese richten sich nach Art. 181.

Satz 2. Affolter a. a. O. 385, 386, 390, 391: Kraft der Ausschlußklausel im Art. 184 gilt das Erbbaurecht seit der Anlegung des Grundbuchs als Grundstück. Sein Erwerb vollzieht sich nach diesem Zeitpunkte durch Auflassung; es kann daran eine Hypothek oder eine Grundschuld bestellt werden. Ist für das Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt nicht angelegt, so hat dies nunmehr auf Antrag oder, wenn das Erbbaurecht voraussichtlich belastet werden soll, von Amtswegen zu geschehen. In den Gebieten, in denen noch kein Grundbuch im Sinne des Reichsrechts angelegt ist, finden in der Zwischenzeit für die Übertragung und Belastung des Erbbaurechts die Vorschriften des alten Rechtes Anwendung. Der Begriff des Erbbaurechts ist im Sinne des neuen Rechtes zu nehmen. Superfiziarische Rechte an einzelnen Stockwerken, an Anpflanzungen und dgl. des alten Rechtes fallen nicht darunter. Für sie gilt Art. 184 Satz 1. Im übrigen unterliegt bei allen Erbbaurechten ihr Inhalt der Fortwirkung des alten Rechtes, aus dem sie stammen, ebenso ihr Untergang. Die Grunddienstbarkeiten richten sich für ihren Inhalt in der Hauptsache nach neuem, für ihre Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte nach altem. Für die übrigen dinglichen Rechte gilt gemäß Artt. 184 Satz 1, 186 das Gegenteil.

Königsdörffer, Die Teilbarkeit der Grundstücke und die Hinzuschlagung in Sachsen seit dem 1. 1. 00 (SächsA. **13** 24 ff., 169 ff.) führt 183 aus: Im sächsischen Rechte hat es allgemeine Vorschriften über den Rang der im Grundbuch eingetragenen Rechte überhaupt nicht, sondern nur Sondervorschriften für einzelne gegeben (sächs. BGB. §§ 433 ff.). Abgesehen von Vorschriften für diese Lasten kennt das sächsische Recht nur Vorschriften darüber, in welcher Reihenfolge im Falle einer Zwangsversteigerung die verschiedenen Berechtigten ihre Befriedigung aus dem Erlöse beanspruchen konnten (sächs. Ges. 5. 8. 84 § 4). Dabei nehmen die Landrenten und Landeskulturrenten die Stelle vor den anderen Reallasten und Hypotheken ein, während sie untereinander ohne Rücksicht auf ihr Alter, wenn nötig, verhältnismäßig befriedigt wurden. Dann folgten die regelmäßigen Reallasten und zwar untereinander nach ihrer aus dem Grundbuch ersichtlichen Reihenfolge und dann die Hypotheken nebst den unregelmäßigen Reallasten. Für das Verhältnis der Hypotheken und unregelmäßigen Reallasten zueinander entscheidet im allgemeinen das Alter, wogegen die unregelmäßigen Reallasten, die mit der Einwilligung von Hypothekengläubigern bestellt sind, vor deren Rechten befriedigt werden. Diese Aufeinanderfolge der Befriedigung kann man, soweit nach neuem Rechte eine Rangbestimmung erforderlich ist, unbedenklich als den Rang der Rechte bezeichnen. An diesem hat auch nach Art. 184 EGzBGB. das neue Recht nichts geändert. — Das BGB. (§ 1094) sieht das Vorkaufsrecht nicht wie das sächsische Recht (Gerichtsordnung § 114 Ziff. 5) als Verfügungsbeschränkung des Eigentümers, sondern als eine Belastung an. Nach Art. 184 EG. bleiben die alten Vorkaufsrechte mit dem aus dem bisherigen

Rechte sich ergebenden Inhalte weiter bestehen, nur ist die im § 143 sächs. BGB. angeordnete Sperre des Grundbuchs durch § 120 sächs. Ges. 25. 6. 00 aufgehoben worden. Der Inhalt der vor 1900 begründeten Vorkaufsrechte ist daher ein anderer als der nach 1900 entstandenen (190).

Über die Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Mauern s. Erich und Krings, RheinNotZ. **03** 61—63.

Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 168, 180, 181, 183, 186, 189, 192.

1. Rechte der in Art. 184 erwähnten Art, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. nicht im Grundbuch eingetragen waren, bleiben bestehen, soweit es sich um Rechte handelt, die zu jener Zeit auf Grund von Rechtssätzen in den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten zur Entstehung gelangt waren (Fischereirecht). **RG. JW. 03** 117.

2. Die Ansicht, daß im Grundbuche nur das stehen könne, was dem Rechte des BGB. und der RGBO. entspreche, ist irrig. Für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits eingetragenen Rechte kommt es vielmehr darauf an, ob ihre Eintragung nach den damals maßgebenden Rechten erfolgen konnte. Ist das zu bejahen, dann bleiben sie grundsätzlich wirksam auch unter dem neuen Rechte bestehen. OLG. **6** 492 (KG.), R. **03** 341 (1854).

3. Ist eine Wegegerechtigkeit als vor 1900 entstanden anzuerkennen, so ist sie nach Art. 184 EG. mit ihrem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalte bei Bestand geblieben. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **03** 49 ff., **RG.** das. 52 ff.

4. Auf eine vor dem 1. 1. 00 ersessene Wegegerechtigkeit zugunsten der Angehörigen einer Gemeinde findet nicht die Vorschrift des § 1023 BGB., sondern das frühere Recht Anwendung. BayrObLG., R. **03** 238 (1284), SeuffA. **58** 131.

5. Die bestehenden Kellerrechte des rheinischen Rechtes (früher code civil art. 553) sind nicht Zubehör (Bestandteil § 96 BGB.) des berechtigten Grundstücks, das Gegenstand eines besonderen Eigentums ist, sondern je nach Lage des Einzelfalls Dienstbarkeiten oder Erbbaurechte. Sie sind zu Rechten an fremden Grundstücken geworden und als solche durch Art. 184 EG. aufrechterhalten. **RG.** RheinAV. **03** 135.

6. Ein vor dem Inkrafttreten des BGB. bestehendes Kellereigentum ist, sofern es sich nicht als Grunddienstbarkeit darstellt, mit dem Inkrafttreten des BGB. Erbbaurecht geworden. OLG. Darmstadt, PuceltsZ. **33** 418 ff.

7. Der Erbauer einer Scheidemauer, die halb auf seinem, halb auf des Nachbars Grundstücke steht, hat gegen diesen einen obligatorischen Ersatzanspruch auf die Hälfte der Kosten auch dann, wenn die Mitbenutzung erst nach dem 1. 1. 00 stattgefunden hat. Die nach Art. 184 mit dem sich aus dem bisherigen Rechte ergebenden Inhalt und Range bestehen gebliebenen Rechte sind keineswegs nur die im Grundbuch eingetragenen, sondern alle mit selbständigem dinglichen Charakter OLG. Köln, R **03** 314. Übereinstimmend OLG. Köln, RheinA. **99** 182 ff., RheinAV. **03** 136 ff. S. auch o. zu Art. 181 Note 6a u. die dortigen Verweisungen.

Art. 185. Affolter a. a. O. 144, 145.

Art. 186. Affolter a. a. O. 384.

Elsaß-Lothringisches Grundbuchrecht in der Übergangszeit: Diefenbach, ElsLothrJZ. **28** 202—207, 300—306: Die erstmalige Eintragung des Eigentums in das Eigentumsbuch.

Art. 187. Affolter a. a. O. 386, 387; s. auch Hansult, Eheliches Güterrecht in Hessen und § 860 ZPO., HessRspr. **4** 38; vgl. das. 79/80.

Art. 188. Affolter a. a. O. 387, 388: Da nach Art. 189 Abs. 1 Satz 3 vom Inkrafttreten des neuen Rechtes an ein Miet- oder Pachtrecht als dingliches Recht an einem Grundstücke nicht mehr begründet werden kann, so kommen auch für den Art. 188 Abs. 2 nur solche Miet- oder Pachtrechte in Betracht, die vor dem 1. 1. 00 begründet sind und am Ende der Zwischenzeit noch bestehen, dagegen nicht die in manchen Rechtsgebieten bestehenden obligatorischen, aber durch Eintragung gegen Dritte wirksam gewordenen Mietrechte. Diese stehen unter dem Schutze des Art. 179 EG. Wenn vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes der obligatorische Mietvertrag schon abgeschlossen ist, jedoch die Wohnung selbst erst unter dem neuen bezogen wird, so ist das Mietrecht nicht als bestehend im Sinne des Art. 188 anzusehen.

Art. 189. Affolter a. a. O. 250—254, 262, 146, 147: Bei nicht eintragungspflichtigen Grundstücken (GBO. § 90, Art. 127 EG.) kann eine Ersitzung nach den früheren Vorschriften sich nicht bloß vollenden, sondern auch neu beginnen.

Rechtsprechung. Vgl. zu Artt. 181, 184, 192, 213.

Abs. 1. 1. Die Tatsache, daß das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt, steht der Anwendung des § 268 BGB., wonach die Forderung mit der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden Dritten übergeht, nicht entgegen. Der Übergang wird sich nach § 268 Abs. 3 BGB. wenigstens dann ohne weiteres vollziehen, wenn das bisherige Recht einen von anderen Voraussetzungen, insbesondere der Eintragung unabhängigen Übergang kraft Gesetzes bei Hypothekenforderungen kennt. BayrObLG. **4** 114 ff., R. **03** 152 (749); s. auch o. zu § 268 BGB. Note 2.

2. Zur Beurkundung einer Hypothekübertragung (Zession) sind in Bayern ausschließlich die bayerischen Notare zuständig; eine von einem nichtbayerischen Notar beurkundete Zession kann in Bayern vom Grundbuchamte nicht vollzogen werden (Art. 14 BayrNotG., Art. 189 EGzBGB.) Dies gilt, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, für die Auflassung auch weiterhin (Art. 81 BayrAGzBGB.). BayrObLG., BayrNotZ. **02** 202, CBlFrG. **3** 301, 302.

3. Verträge, wodurch die Verpflichtung zu einer Verfügung über ein anderes Recht an einem Grundstück als das Eigentum, insbesondere über eine Hypothek, eingegangen ist, sind formfrei. BayrObLG., R. **03** 604 (3062). S. auch o. zu § 313 BGB. Note I 9 Abs. 3.

4. Die Beschränkung des Eigentümers in der Verfügung über ein Grundstück bildet nicht ein Recht an dem Grundstück im Sinne des Art. 189 Abs. 1 EGzBGB. (§ 137 BGB.) Daher kann auch, solange das Grundbuch nicht als angelegt gilt, die Befugnis zur Verfügung über ein Grundstück (ein veräußerliches Recht) durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Bayr. ObLG., R. **03** 209 (1102), CBlFrG. **3** 845.

5. Der Nachlaß wird gemeinschaftliches Vermögen der Erben, ohne daß in betreff der zu ihm gehörenden Grundstücke, solange das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt, eine Ausnahme stattfindet. BayrObLG., R. **03** 155 (810).

6. Für Hypotheken, die zur Sicherung von Leibgedingsansprüchen bestellt werden, gilt die Vorschrift des Abs. 1 Satz 3 Art. 189 nicht. BayrObLG., R. **03** 182 (987).

Art. 190. Ob ein Grundstück in jenem Zeitpunkt im Sinne des Art. 190 herrenlos ist, bestimmt sich nach altem Rechte. Hatte jemand unter ihm trotz des ausschließlichen Aneignungsrechts des Staates oder der Gemeinde Besitz von einem herrenlosen Grundstück ergriffen und die Ersitzung begonnen, jedoch nicht vollendet, so kann er die Ersitzung auch nach jenem Zeitpunkte vollenden. Affolter a. a. O. 385.

Art. 191. Affolter a. a. O. 254.

Rechtsprechung.

Eine Ausübung der Dienstbarkeit liegt nur vor, wenn Handlungen vorgenommen sind, die sich als Ausfluß des dem Berechtigten zustehenden Rechtes darstellen. Häufig wird aus den Handlungen der Wille, das Recht auszuüben, ohne weiteres zu folgern sein. Anders, wenn es sich etwa um eine Wegegerechtigkeit über ein der allgemeinen öffentlichen Benutzung zugängliches Grundstück handelt. In solchem Falle kann aus der Benutzung dieses Grundstücks nichts für die Ausübung einer Grundgerechtigkeit gefolgert werden. OLG. 6 255 (Stuttgart).

Art. 192. Affolter a. a. O. 391—393, Abs. 1: Nicht unter den Art. 192, sondern unter den Art. 184 fallen: die Antichrese an einem Grundstücke, das aus einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung hervorgehende dingliche Recht, das Pfandrecht an einem Nießbrauche, der an einem Grundstücke besteht; dagegen eine Kautionshypothek, selbst wenn eine durch sie gesicherte Forderung noch nicht besteht.

Abs. 2. Auf Grund des Art. 60 in Verbindung mit den Artt. 57 bis 59 EG. können die Landesgesetze die Begründung von Revenüenhypotheken an Familienfideikommissen, Lehen- und Stammgütern auch für die Zukunft gestatten.

Schreiber, Zur Behandlung der sog. Schleusenbaukautionshypotheken, SächsA. **13** 327 ff. (s. auch o. zu § 1190 BGB. Ziff. 1): Diese Kautionshypotheken für die Ortsgemeinden zur Sicherung ihrer Ansprüche an die Grundeigentümer aus deren Verpflichtung, zu den Schleusenherstellungskosten beizutragen, sind, wenn sie vor dem 1. 1. 00 eingetragen sind, von diesem Tage ab nach § 1 sächs. AVOzGBO. als Sicherungshypotheken im Sinne des § 1190 BGB. anzusehen. Für diese gelten die Vorschriften über die Eigentümergrundschuld, und jene Hypotheken würden beim Mangel einer weiterhin durch sie zu sichernden Forderung seit dem bezeichneten Tage ihrem Besteller als Eigentümergrundschuld zustehen, wollte man sie nicht etwa wegen der über Auslegung des Art. 192 EGzBGB. bestehenden Streitfrage überhaupt als erloschen ansehen (330).

Gewillkürte Pertinenzen können seit 1. 1. 00 auch unter bayerischem Hypothekenrechte nicht mehr geschaffen werden. Es ist dies aus den allgemeinen sachenrechtlichen Bestimmungen des BGB., insbesondere den §§ 97, 98, nicht aus den hypothekenrechtlichen zu entnehmen. Die allgemeinen sachenrechtlichen Bestimmungen sind schon mit dem 1. 1. 00 in Kraft getreten, da sich die Übergangsbestimmungen des EG. auf sie nicht beziehen und sie auch in keinem Zusammenhange mit der Anlegung des Grundbuchs stehen; folglich bemißt sich die Immobiliar- und Pertinenzeigenschaft einer Sache von diesem Zeitpunkt an ausschließlich nach BGB. Dennler, BayrNotZtg. **03** 191.

Insoweit als landesrechtlich (s. Art. 113) Pfandrechte alten Rechtes noch heute neu zur Entstehung gelangen können, gilt die Bestimmung des Abs. 1 auch für sie; s. die Bemerkungen zu § 1113 BGB.

Ferner Meikel, Die Eigentümergrundschuld und ihre Beziehungen zu §§ 84, 150 BayrHypG., SeuffBl. **67** 361; Schäfer, daselbst 497; Reinhard, Die Bedeutung der sächsisch-rechtlichen Kostenkautionshypotheken, CBl. FrG. **2** 467.

Rechtsprechung. Vgl. zu Artt. 181, 184, 189.

1. Für die Entstehung einer Hypothek kann nicht das heute geltende, sondern nur dasjenige Recht entscheidend sein, unter dessen Herrschaft die Hypothek durch Eintragung zur Entstehung gelangt sein soll. Ist diese Eintragung aus irgend einem Grunde nichtig und hat sie daher nicht die Wirkung gehabt,

eine Hypothek entstehen zu lassen, so handelt es sich nicht um ein bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192. RG. 52 114.

2. Nach dem preußischen Rechte entstand trotz der Eintragung eine Hypothek nicht, wenn die — wegen Irrtums und Betrugs angefochtene — Eintragungsbewilligung ungültig war. Das Grundstück war deshalb am 1. 1. 00 mit der Hypothek nicht belastet. Die Hypothek war also kein bestehendes Pfandrecht und kann deshalb nicht zur Eigentümergrundschuld des BGB. werden. RG. 54 83, JW. 03 Beil. 50, R. 03 362 (2010), CBlFrG. 4 28.

3. Eine Eigentümerhypothek kann aus einer unter der Herrschaft des früheren preußischen Grundbuchrechts bestellten Kautionshypothek nur entstanden sein, wenn entweder das zugrunde liegende Kreditverhältnis auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes fortbestanden hatte, oder wenn aus ihm unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes Ansprüche für den Kautionsgläubiger begründet waren, die erst nach dem 1. 1. 00 ihre Erledigung gefunden hatten. Sonst war die Kautionshypothek am 1. 1. 00 kein bestehendes Pfandrecht nach Art. 192, sondern inhaltlos, konnte nur gelöscht und nicht mehr zur Eigentümerhypothek werden (§ 1196 BGB.). RG. JW. 03 Beil. 132; ferner RG. 52 59 ff., 116, 414 ff.: Eine Kautionshypothek des bisherigen preußischen Rechtes gilt zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in Höhe des Betrags der bis dahin entstandenen Forderungen als Sicherungshypothek des BGB., in Höhe des überschießenden Betrags erlischt sie, wenn das Rechtsverhältnis, das durch die Hypothek gesichert werden soll, beendet ist, so daß neue Forderungen aus ihm nicht mehr entstehen können; s. IDR. 1 zu Art. 192.

4. Die vor dem 1. 1. 00 in das vorläufige Grundbuch eingetragenen Hypotheken bleiben solche des alten Rechtes und können durch Erneuerung oder Vereinbarung der Beteiligten nicht in Sicherungshypotheken umgewandelt werden. Es erscheint daher unzulässig, die Vormerkung des Anspruchs auf Löschung einer solchen Hypothek in das vorläufige Grundbuch einzutragen. OLG. Colmar, R. 03 361 (1991), ElsLothrNotZtg. 23 234.

5. Hypotheken des bisherigen preußischen Rechtes, die ohne Bildung eines Hypothekenbriefs eingetragen sind, gelten vom 1. 1. 00 an als Hypotheken des BGB., für die die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist. Auf die nach diesem Zeitpunkt erfolgten Abtretungen finden die Vorschriften des BGB. Anwendung. RG. 54 362 ff.

6. Eine unter dem früheren preußischen Rechte eingetragene, nicht valutierte Hypothek, für die also eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt war, ist mit dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts zu einer Eigentümergrundschuld geworden. Sie steht, obwohl sie nach bisherigem Rechte noch nicht unter die Verfügung des Eigentümers gekommen war, demjenigen zu, der zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechtes Eigentümer des Pfandgrundstücks war. RG. Gruchots Beitr. 47 112 ff., R. 03 81 (365), RG. CBlFrG. 3 250; vgl. IDR. 1 zu Art. 192.

7. Die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Kautionshypotheken werden nach Art. 192 Abs. 1 Satz 2 mit dem 1. 1. 00 in Sicherungshypotheken des neuen Rechtes umgewandelt ohne Zulässigkeit einer anderweiten landesgesetzlichen Regelung. Art. 192 enthält an sich zwar eine Ausnahme von dem sonst in den Übergangsbestimmungen des BGB. geltenden Grundsatze der Nichtrückwirkung neuer Gesetze, läßt indessen Art. 170 für die Beurteilung alter Schuldverhältnisse unberührt. OLG. Köln, RheinA. 99 93 ff.

8. Die Vormerkung der §§ 6, 7 des pr. Ges. vom 13. 7. 1883, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, ist ein bedingtes bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 und auf die Pfändung des durch die Vor=

merkung gesicherten hypothekarischen Anspruchs, sofern sie nach dem 1. 1. 00 erfolgt, § 830 Satz 3 ZPO. (Eintragung im Grundbuch) anzuwenden. OLG. **6** 404 ff. (Köln), R. **03** 265 (1445). A. M. OLG. **2** 402 (KG.), **RG.** **52** 40; s. JDR. **1** zu Art. 192.

9. Nach dem 1. 1. 00 ist die Frage der Zubehöreigenschaft einer beweglichen Sache und ihrer Mithaftung für eine auf der Hauptsache eingetragene, zu einer Hypothek neuen Rechtes gewordene Hypothek nach BGB. zu beurteilen. Dies gilt auch für Konkursverfahren, die vor dem 1. 1. 00 eröffnet sind. **RG.** JW. **03** 388, R. **03** 607 (3110).

10. Aus Art. 192 ist zu schließen, daß ein vor dem 1. 1. 00 begründetes Pfandrecht nach diesem Zeitpunkte keine Sachen mehr umfassen kann, an denen eine Hypothek des BGB. nicht möglich ist. Daher ist die nach bisherigem württembergischen Rechte begründete Hypothek an gewillkürtem Zubehör mit der Anlegung des Grundbuchs erloschen. OLG. **6** 273 (Stuttgart), CBlFrG. **3** 811. Bestätigt vom **RG.** JW. **03** 117. Dagegen OLG. **3** 76 (Stuttgart), WürttZ. **03** 141 ff. S. ferner Schelling, Boschers Z. **42** 161, **43** 74; R. **03** 265.

11. Ist eine Hypothek sächsischen Rechtes vor dem 1. 1. 00 ausgezahlt, aber nicht gelöscht, so kann der Grundstückseigentümer statt der Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer ohne weiteres Löschung verlangen. OLG. **6** 272 (Dresden), CBlFrG. **3** 812.

Art. 193. Affolter a. a. O. 393.

Art. 194. Affolter 394.

Art. 195. Affolter a. a. O. 393—397.

Rechtsprechung.

Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung besteht ähnlich derjenigen der verwandten Vorschriften der Artt. 180, 181, 192 EG. darin, daß die Grundschulden des alten Rechtes bei den weiteren Rechtsschicksalen, die sie durch Ereignisse nach dem 1. 1. 00 erleiden, so behandelt werden, als wenn sie erst unter der Herrschaft des neuen Rechtes entstanden wären. Insbesondere richten sich also die Art ihrer Ausübung, — durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung —, die Form und Wirkung ihrer Abtretung durch den bisherigen Gläubiger nach den einschlagenden Bestimmungen des BGB. **RG.** JW. **03** Beil. 132.

Art. 196. Das deutsche Gesetz hatte bei seinen Bestimmungen über die bäuerlichen Nutzungsrechte in der Hauptsache die Bauerngüter in Mecklenburg im Auge. Die Ausführungsverordnungen von Mecklenburg-Schwerin und -Strelitz unterscheiden vier Arten von Bauerngütern: die Erbpacht im Sinne des Art. 63 EG. mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts; vererbliche und übertragbare bäuerliche Nutzungsrechte (Art. 196 EG.); bäuerliche Nutzungsrechte, die nicht Erbpachtrechte und nicht vererbliche und übertragbare Rechte sind, und Schulzenlehen. Affolter a. a. O. 265.

Art. 197. Er gewährt gewissen Vorschriften des älteren Rechtes, für die nicht unter Art. 63 EG. fallenden bäuerlichen Nutzungsrechte eine Fortherrschaft. Das alte Recht umfaßt aber ferner sowohl das bestehende bäuerliche Nutzungsrecht als das neu begründete in allen Beziehungen und entscheidet also darüber, ob diese Rechte vererblich oder veräußerlich sind, und ob sie in das Grundbuch eingetragen werden müssen, um Wirksamkeit gegen Dritte zu erlangen. Affolter a. a. O. 265.

Art. 198. Abs. 1. Affolter a. a. O. 217, 218.

Abs. 2. Das. 219, 347, 348.

Rechtsprechung.

Nach Art. 198 bestimmt sich die Gültigkeit einer vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehe nach dem damals geltenden Rechte. HansOLG., HansGerZ. **03** 195.

Art. 199. Zu den persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten gehört nicht die Schlüsselgewalt. Nach altem Rechte ist sie ein Ausfluß des ehelichen Güterrechts, dieses entscheidet also nach Art. 200 darüber. Ebenso nicht die praesumtio Muciana. Bestand nach altem Rechte eine der praesumtio Muciana entsprechende Rechtsvermutung nicht, so tritt sie auch nicht mit dem 1. 1. 00 für ältere Ehen ein. Stellt das alte Recht eine persönlich oder sachlich weitergehende Vermutung als das neue auf, so bleibt jenes für ältere Ehen auch nach dem 1. 1. 00 bestehen. Auch § 1405 BGB. trifft nicht die persönlichen Rechtsbeziehungen, ferner nicht das frühere Verbot der Schenkungen unter Ehegatten und das Verbot oder die Beschränkung der weiblichen Interzessionen, auch nicht die Verpflichtung des Ehemanns, die Prozeßkosten der Frau zu tragen und Vorschüsse dafür zu gewähren. Affolter a. a. O. 349—351.

Art. 200. Abs. 1. Das alte Recht ist für die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes maßgebend. Nach den deutsch-rechtlichen ehelichen Güterrechtssystemen ist das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten immer als eine Wirkung des Güterstandes zu betrachten, ebenso das Recht der gemeinsamen Kinder am Nachlasse des Überlebenden. Affolter a. a. O. 219—223.

Abs. 2. Affolter das. 285, 286.

Abs. 3. Affolter das. 223, 224.

Diese Bestimmung ist von Wichtigkeit für die Ehefrau nach französischem und badischem Rechte, ferner für die Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit, die Artt. 7, 8 Abs. 1 des alten HGB. aufstellen, und Art. 8 Abs. 2 des alten HGB.

Der persönliche Herrschaftsbereich des Art. 200 Abs. 1 dehnt sich über das deutsche Rechtsgebiet aus. Es sind ihnen unterworfen sowohl Deutsche im Auslande (Nationalitätsprinzip), als Ausländer im Auslande, die ihr erstes Ehedomizil im Inlande gehabt haben (Domizilprinzip). Affolter, Grünhuts Z. **30** 161 Anm. 97, 98.

Über das Erbrecht des märkischen Ehegatten nach BGB. handelt Adam, KGBl. **14** 53 ff.: Hiernach kann der märkische Ehegatte sein statutarisches Wahlrecht erst dann ausüben, nachdem er Erbe geworden ist. Ob er es geworden ist, entscheidet sich ebenso wie seine Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern (abgesehen von Vermächtnissen und Auflagen, die ausschließlich von den Miterben zu decken sind) nach BGB. An die Stelle des partikularrechtlichen Voraus ist der Voraus des § 1932 BGB. getreten. Mit miterbenden Kindern des verstorbenen Ehegatten muß der Überlebende Ausgleichung halten, wie wenn er als Kind erbte; Gegenstand und Vollzug des Ausgleichs richtet sich nach BGB. Die ganze statutarische Portion bildet einen Pflichtteilsanspruch des Überlebenden, dessen er nur nach Maßgabe der §§ 2335, 2337, 1933 BGB verlustig gehen kann. Einem Erbvertrage gegenüber kann jedoch das statutarische Recht nicht geltend gemacht werden. (Abdruck der Constitutio Joachimica und der Kgl. VO. vom 30 4. 1765, soweit beide noch für das Erbrecht Gültigkeit besitzen, ist beigefügt.)

Böhner, Westfälisches eheliches Güterrecht in der Übergangszeit, DJZ. **00** 68, 136: Bei einem vor dem 1. 1. 00 begründeten Güterstande der württembergischen Errungenschaftsgesellschaft steht auch heute der Frau das Recht der sog. weiblichen Freiheiten zu. Wird hiervon Gebrauch gemacht, so tritt nicht der gesetzliche Güterstand, sondern Gütertrennung ein. Aus dieser können die Ehegatten nicht durch formlose Übereinkunft zur vormaligen Errungenschaftsgesellschaft zurückkehren, sondern nur durch Ehevertrag einen neurechtlichen Güterstand be-

gründen. S. Schefold, Boschers 3. 45 97 ff.; vgl. das. Klumpp, Die eheliche Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft alten Rechtes, das. 44 193.

Nach dem Inkrafttreten des badischen Gesetzes betreffend die Überleitung der ehelichen Güterstände vom 4. 8. 02 kann der Satz 1499 bad. LR., wonach die Zugehörigkeit von Gegenständen zum eingebrachten Gute der Ehefrau durch ein förmliches Verzeichnis dem Gläubiger gegenüber geführt werden muß, nur dann noch in Betracht kommen, wenn der Gläubiger vor dem 1. 1. 03 in ein bestimmtes rechtliches Verhältnis zu einem Stücke des eingebrachten Gutes getreten ist, es z. B. gepfändet hat. Im übrigen kann die Ehefrau auch wegen der vor dem 1. 1. 03 erworbenen und nicht verzeichneten Sondergutsgrundstücke ihre Eigenschaft als eingebrachtes Gut geltend machen. Haas, BadRpr. 03 284—285; vgl. Düringer, Das badische Gesetz vom 4. 8. 02, 34 (Anm. 6 zu § 4), 31 Anm. 4.

Zum badischen Gesetze betreffend die Überleitung der ehelichen Güterstände des älteren Rechtes in das Reichsrecht s. Müller, BadRpr. 03 95—97; Affolter das. 68 113; Levis das. 114.

Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 213, 214.

1. Die Wirksamkeit übergeleiteter Güterstände alten Rechtes unterliegt Dritten gegenüber, solange der alte eheliche Wohnsitz nicht geändert wird, ausnahmslos dem alten Rechte. Dies gilt auch für die Güterstände von Vollkaufleuten. OLG. 6 158 ff. (Stettin).

2. Abs. 1. Art. 200 Abs. 1 ist ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes, daß bei den vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehen die bisherigen Gesetze für alle — namentlich auch die erbrechtlichen — Wirkungen des Güterstandes maßgebend bleiben sollen. Dieser Grundsatz muß erst recht auf die vor dem 1. 1. 00 gelösten Ehen Anwendung finden. **RG.** JW. 03 Beil. 2 und **RG.** JW. 03 Beil. 13, R. 03 130 (647).

Erbrechtliche Wirkung des Güterstandes ist der Verlust des Pflichtteils infolge der sog. Todteilung bei Abschichtung der Kinder nach lübischem Rechte vor Inkrafttreten des BGB., wenn der Schichtgeber nach diesem Zeitpunkte stirbt. **RG.** JW. 03 Beil. 13, R. 03 130 (647).

3. Die Überleitung des Güterstandes des badischen Landrechts in einen Güterstand des BGB. hängt im Falle der Übersiedelung der Ehegatten in einen anderen Bundesstaat von den einschlägigen Übergangsgesetzen ab, besonders dem bad. Gesetze vom 4. 8. 02. BayrObLG., R. 03 341 (1857).

4. Die Vorschrift der pommerschen Bauernordnung vom 30. 12. 1764, ➳ auch des lübischen Rechtes u. a. ⟵ wonach infolge der sog. Todteilung dem abgeschichteten Kinde kein Erbanspruch an dem künftigen Nachlasse des überlebenden Elternteils mehr zusteht, ist eine Vorschrift über die erbrechtliche Wirkung des Güterstandes und daher für die vor dem 1. 1. 00 vorgenommenen Abschichtungen in Geltung geblieben, auch wenn der überlebende Elternteil erst nach diesem Tage gestorben ist. KGJ. 25 A 233 ff., OLG. 7 66 (KG.), R. 03 314 (1692).

5. Die Vorschrift des § 34 sächs. AGzBGB. 18. 6. 98 ist so auszulegen, daß die Rechte, die vor dem Inkrafttreten des BGB. gemäß dem bisherigen Güterstande den Ehegatten an dem beiderseitigen Vermögen erwachsen sind, unberührt gelassen, und die Vorschriften des BGB. für den Erwerb solcher Rechte in der Beschränkung auf den Erwerb nach dem 1. 1. 00, in betreff solcher vor diesem Zeitpunkt erworbener Rechte, aber nicht für deren Bestand, sondern nur für deren Inhalt und Geltendmachung als maßgebend erklärt worden. OLG. Dresden, SächsA. 13 586.

6. Auch über die nach dem Tode eines Kindes mit dessen Abkömmlingen

fortgesetzte Gütergemeinschaft des älteren Rechtes ist ein Zeugnis gemäß BGB. § 1507 zu erteilen. OLG. 7 58 (KG.).

7. Ein vor dem 1. 1. 00 zur Gütergemeinschaft erworbenes Grundstück kann von dem überlebenden Ehegatten und den Kindern des Verstorbenen verkauft oder belastet werden, ohne daß später eine Eintragung auf diese stattgefunden hätte. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. 28 153.

8. Das Eigentum eines in einem Ehevertrage für den Todesfall geschenkten Grundstücks wurde nach früherem französischen Rechte durch eine die Annahme des Grundstücks enthaltende Erklärung erworben. Eine nach dem 1. 1. 00 erfolgte Teilung der Gütergemeinschaft und des Nachlasses eines verstorbenen Ehegatten hat auf diese Eigentumserwerbsart keinen Einfluß. Dem Antrage des überlebenden Ehegatten, das geschenkte Grundstück auf seinen Namen einzutragen, muß ohne Rücksicht auf die Rechtswirksamkeit der späteren Teilung stattgegeben werden. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. 28 639, 640.

9. Eine Ehefrau, die unter rheinischem Rechte Gütertrennung vereinbart hat, ist jetzt nicht mehr gemäß Art. 217 code civil an die Mitwirkung ihres Ehemanns bei ihren Verfügungen gebunden. OLG. 7 399 (KG.).

10. Für die vor dem 1. 1. 00 eingegangenen landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaften ergibt sich aus Art. 200 EGzBGB., daß ein Vertrag, durch den ein Ehegatte nachträglich ein zu seinem Sondergute gehörendes Grundstück an die Errungenschaft abtritt, zur Bewirkung der dinglichen Rechtsänderung nicht der Auflassung bedarf. Ein solcher Vertrag unterliegt nicht der Umsatzsteuer. WürttVGH., WürttJ. 03 83 ff.

11. Wenn auch für den Güterstand der Ehe das frühere Recht maßgebend ist, so ist doch die Frage, ob ein die beklagte Ehefrau verpflichtendes Schuldverhältnis zwischen ihr und der Klägerin durch einen nach dem 1. 1. 00 abgeschlossenen Vertrag entstanden ist, nicht aus dem güterrechtlichen Verhältnisse der Beklagten zu ihrem Ehemanne zu beurteilen, sondern aus den Bestimmungen des BGB. über die Entstehung der Schuldverhältnisse. OLG. Stuttgart, R. 03 607 (3111).

12. Eine vor dem 1. 1. 00 in fortgesetzte Gütergemeinschaft des lübischen Rechtes eingetretene Ehefrau bedarf zum Erwerbe von Grundstücken für die Gemeinschaft für die minderjährigen Kinder nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. OLG. 6 283 (KG.).

Über das frühere nassauische Recht (Erbrecht der zweiten Ehefrau) und Art. 200 s. OLG. 7 68 (Frankfurt a/M.), über die Solmser Landesordnung und Art. 200 (Entziehung der statutarischen Portion durch letztwillige Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten) s. OLG. 7 69 (Cassel).

Art. 201. Abs. 2. Affolter a. a. O. 351—358.

Auf Grund des Art. 201 Abs. 2 können auch Fragen der zeitlichen Anwendung der örtlichen Kollisionsnormen des bürgerlichen Rechtes entstehen. Sie können bei allen Artikeln des EG. vorkommen, in denen auf die „bisherigen Gesetze" hingewiesen wird (Artt. 158, 159 Satz 1, 161 Abs. 2 Satz 1, 2, 169 Abs. 1 Satz 2, 170, 172 Satz 2, 174 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 178 Satz 1, 182 Satz 2, 184 Satz 1, 189 Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 3, 191 Abs. 1, 198, 200, 201, 202, 208, 209, 213). Diejenigen Normen des internationalen Privatrechts sind hierbei maßgebend, die das Rechtsverhältnis bereits ergriffen hat, also die des alten. Affolter das. 67 Anm. 1, 226 Anm. 4, 356 Anm. 4, 359 Anm. 4; Grünhuts Z. 30 141 Anm. 47.

Rechtsprechung. S. auch JDR. 1 zu Artt. 201, 17.

1. In betreff der Ehe eines der römisch-katholischen Kirche angehörenden österreichischen Staatsangehörigen kann in Deutschland auf dauernde Trennung

von Tisch und Bett erkannt werden. **RG.** SächsA. **13** 362ff., ZJPr. **13** 160, DJZ. **03** 105, R. **03** 293 (1568), 484 (2467), JW. **03** Beil. 19.

Abweichend VI. Zivils. Durch Beschluß der VerZS., JW. **03** Beil. 129, hat das **RG.** damit übereinstimmend entschieden.

2. Eine in der Zeit vor dem 1. 1. 00 fallende Verfehlung eines Ehegatten muß nicht bloß in abstracto, sondern in concreto einen Scheidungs- oder Trennungsgrund gebildet haben und kann, wenn sie durch Fristablauf, Verzeihung, Kompensation und dergl. ihre Kraft als solcher verloren hat, auch nach diesem Zeitpunkte nicht mehr benutzt werden. Tatsachen, die sich erst nach dem 31. 12. 99 ereignet haben, können einem vor diesem Zeitpunkt entstandenen Scheidungs- oder Trennungsgrund mit Erfolg nur dann entgegengehalten werden, wenn des BGB. ihnen diese Wirkung beilegt. **RG. 52** 225, R. **03** 156 (822); vgl. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **03** 19.

3. Die Bestimmung des Art. 201 Abs. 2 trifft auch dann zu, wenn die Verfehlung eines Ehegatten, die nach früherem Rechte einen Scheidungsgrund bildet, vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes begangen, die Verurteilung und Scheidung erst nach dessen Inkrafttreten erfolgt ist. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 124ff., R. **03** 81 (366).

4. Nach bayrischem Landrechte trat bei beiderseitigem Ehebruche der Ehegatten Ausgleichung ein, womit die Ehescheidung ausgeschlossen war. Auf solche vor dem 1. 1. 00 begangene Ehebrüche kann auch nach BGB. eine Scheidungsklage nicht gestützt werden. **RG.** JW. **03** Beil. 2.

5. Die nach gemeinem protestantischen Eherechte stattfindende Kompensation von beiderseitigen Ehebrüchen, die auch von Amtswegen zu beachten war, schließt eine Verwertung solcher Verfehlungen nach dem 1. 1. 00 aus. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **03** 17.

6. Wenn die bewiesenen Mißhandlungen nach bisherigem — gemeinem protestantischen — Eherecht auch nur als Grund zeitweiser Trennung anzusehen sind, ist damit ein Trennungsgrund nach Maßgabe des Art. 201 Abs. 2 gegeben. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **03** 25.

Art. 202. Es ist gleichgültig, ob das Urteil noch vor oder erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechtes rechtskräftig wurde. Auf eine beständige Trennung von Tisch und Bett kann infolge des Gesetzes vom 6. 2. 75 seit 1. 1. 76 nicht mehr erkannt werden, soweit es sich um das Geltungsgebiet dieses Gesetzes handelt. War vor diesem Zeitpunkt auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkannt worden, so greift § 77 Abs. 2 jenes Gesetzes Platz, und diese Vorschrift bleibt auch künftig für alte beständige Trennungen von Tisch und Bett materiell in Kraft. Danach kann jeder der getrennten Ehegatten, wenn eine Wiedervereinigung nicht stattgefunden hat, die Auflösung des Bandes der Ehe im ordentlichen Verfahren beantragen. Diese Vorschrift gilt nicht für beständige Trennungen von Tisch und Bett, auf die im Auslande vor dem 1. 1. 76 erkannt wurde. Die im Auslande getrennten Ehegatten haben daher im Deutschen Reiche das Recht nicht, Auflösung des Bandes zu verlangen. Ob und unter welchen Voraussetzungen zeitweilig getrennte Ehegatten dieses Recht haben, bestimmt sich nach den Landesgesetzen. Ebenso richtet sich nach altem Rechte die Frage, ob die Trennung in ihrer Wirksamkeit der Auflösung der Ehe gleichzuachten sei. Je nachdem das alte Recht eine solche Wirkung anerkennt oder nicht, wird es sich also entscheiden, ob im Falle der §§ 2077, 2268, 2279 BGB. die den getrennten Ehegatten bedenkende letztwillige Verfügung nichtig ist, oder ob der getrennte Ehegatte die Zuwendung behält. Ingleichen richtet sich nach altem Rechte der Einfluß, den die Trennung auf die Güterrechtsverhältnisse und auf die Unterhaltspflicht unter den Ehegatten ausübt, ferner das gegenseitige Erbrecht der ge-

trennten Gatten. Haben diese auf Grund alten Rechtes ein Erbrecht gegeneinander, und stirbt der eine nach dem 1. 1. 00, so findet das BGB. nur Anwendung, wenn der Güterstand mit oder nach der Trennung aufgehoben worden ist. Affolter a. a. O. 232, 233.

Rechtsprechung.

Das bisherige Recht ist maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob Ehegatten, die vor dem 1. 1. 00 zeitweilig von Tisch und Bett getrennt sind, die Herstellung des ehelichen Lebens nach Ablauf der Frist und dem 1. 1. 00 fordern können. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beil. 73 ff.; R. **03** 265 (1446).

Art. 203. Affolter 358—364: Art. 203 verleiht den §§ 1616—1698 BGB. Ausschließlichkeit. Die im Wege der Klage erzwingbare Verpflichtung des Vaters und aushilfsweise der Mutter zur Aussteuer der Tochter tritt ein, wenn die Tochter sich nach dem Inkrafttreten des BGB. verheiratet. Ist dagegen die Ehe vor dem 1. 1. 00 geschlossen, so kann nur auf Grund alten Rechtes ein Anspruch auf Mitgift gegen die Eltern eines Ehegatten geltend gemacht werden. Ähnlich verhält es sich mit den unter altem Rechte entstandenen Ansprüchen auf Unterhalt, Rechnungslegung, Sicherung und Auseinandersetzung. Nur die einjährige Verjährungsfrist des § 1623 Satz 2 BGB. tritt zufolge Art. 169 EG. auch für ältere, noch nicht verjährte Ansprüche auf Aussteuer in Kraft. Die §§ 1624, 1625 BGB. finden Anwendung, wenn die Ausstattung unter ihrer Herrschaft gewährt ist, mag auch die Verheiratung oder die Begründung der Lebensstellung früher stattgefunden haben. Dagegen hat § 1465 BGB. nach Art. 200 EG. keine Ausschließlichkeit. — Das Rechtsverhältnis der vor dem 1. 1. 00 geborenen sächsischen Brautkinder zu ihren Eltern bestimmt sich, insoweit sie als ehelich gelten, nach dem BGB. Mothes, CBlFrG. **4** 243.

Rechtsprechung.

1. Die minderjährige Ehefrau, die nach gemeinem Rechte aus der väterlichen Gewalt durch die Heirat endgültig ausgeschieden war und die Stellung einer volljährigen Frau erlangt hatte, bedarf auch nach 1. 1. 00 nicht mehr der Vertretung durch ihren Vater, ist vielmehr prozeßfähig. Art. 203 EG. und § 1626 BGB. sind unanwendbar. RG. Gruchots Beitr. **47** 998, JW. **03** 50.

2. Ob und inwieweit die Ehelichkeit eines vor 1. 1. 00 geborenen Kindes angefochten werden kann, bestimmt das bisherige Recht. OLG. **7** 74 (KG.).

3. Die JDR. **1** zu Art. 203 Ziff. 8 Abs. 4 mitgeteilte Entscheidung findet sich auch BayrObLG. **3** 86 ff.

4. Der Minderjährige, der vor dem 1. 1. 00 definitiv die Benefiziareigenschaft erworben hatte, geht ihrer nicht durch Handlungen oder Unterlassungen seiner gesetzlichen Vertreter verlustig, auch wenn diese nach dem 1. 1. 00 liegen (rhein. Recht). OLG. Cöln, RheinAV. **03** 132.

5. Nach OLG. Darmstadt, CBlFrG. **3** 17 ff., verliert die Mutter, welche schon vor dem 1. 1. 00 eine weitere Ehe eingegangen ist, nach § 1697 BGB. die elterliche Gewalt über ihr minderjähriges Kind erster Ehe und hat infolgedessen gemäß §§ 1686, 1687 BGB. die Verpflichtung, das Vermögen des Kindes an den Vormund herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen.

6. Die Zulässigkeit der Klage des Kindes auf Verneinung der Vaterschaft desjenigen, welcher nach der gesetzlichen Vermutung als sein ehelicher Vater zu gelten hätte, richtet sich bei einem vor dem Inkrafttreten des BGB. geborenen Kinde nach dem früheren Rechte. KG., KGBl. **14** 41, R. **03** 238 (Nr. 1280).

Art. 204. Handelt es sich um die Beschränkung der Vermögensrechte der Eltern, nämlich um die Entziehung der Nutznießung an dem Vermögen des Kindes, so ist die Fortwirkung des alten Rechtes schwächer; sie bleibt nur be-

stehen, wenn sie auch nach den Vorschriften des neuen gerechtfertigt ist. Immerhin bleibt die Entziehung in Kraft, auch wenn sie nach BGB. nicht gerechtfertigt ist; das Vormundschaftsgericht hat sie jedoch aufzuheben, wenn es der in seinem Rechte beschränkte Elternteil beantragt. Erst mit diesem Augenblicke vollzieht sich der Übergang der Nutznießung auf die Eltern, und nach ihm bestimmt sich die Verteilung von Nutzungen und Lasten im Sinne der §§ 101—103 BGB. Affolter a. a. O. 297—299.

Rechtsprechung.

Entlassung des Vormundes in Verbindung mit einer irrtümlichen Aktennotiz des Richters, daß durch das Inkrafttreten des BGB. ein vorher der Verwaltung des Kindesvermögens enthobener Vater die Rechte der elterlichen Gewalt wiedererlange, stellt keine Aufhebung jener Absetzung des Vaters dar (kein Ersatz einer richterlichen Anordnung durch konkludente Handlungen). OLG. Colmar, R. 03 156, OLG. 6 296, Puchelts Z. 34 392 ff., CBlFrG. 3 804.

Art. 205. Affolter 294, 295.

Art. 206. Damit das alte Recht fortwirkt, ist nicht notwendig, daß noch unter seiner Herrschaft bereits eine richterliche Entscheidung über das Erziehungsrecht, sei es vom ordentlichen, sei es vom Vormundschaftsgerichte, getroffen worden ist. Die Fortwirkung bleibt sogar dann gewahrt, wenn der ihr entsprechende Rechtszustand am 1. 1. 00 noch nicht eingeführt war. Erforderlich ist nur, daß die Ehescheidung, die Trennung oder die Todeserklärung unter altem Rechte stattgefunden hat. Dieses entscheidet daher über die Frage, welchem der geschiedenen oder getrennten Ehegatten das Recht zusteht, die Kinder zu erziehen. Bei einer vor dem 1. 1. 00 geschiedenen Ehe entscheidet das frühere Recht über die Zuständigkeit des Gerichts, den Ehegatten zu bestimmen, dem die Kinder aus der Ehe anzuvertrauen sind. Ebenso regelt sich darnach die Klage eines geschiedenen Ehegatten auf Herausgabe des Kindes. Dagegen kann nicht mehr der Prozeßrichter entscheiden, ob dem Elternteile, dem nach früherem Rechte die Erziehung zustand, dieses Recht genommen werden soll, sondern nur der Vormundschaftsrichter. Der Inhalt der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder richtet sich aber nach neuem Rechte, desgleichen die Befugnis des Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, mit dem Kinde persönlich zu verkehren (§ 1636 BGB.). Das alte Recht ist jedoch maßgebend für die Frage, ob und inwieweit für die während der Trennung, aber unter neuem Rechte geborenen Kinder eine Rechtsvermutung der Ehelichkeit oder Unehelichkeit gilt. Affolter a. a. O. 235—237.

Rechtsprechung.

Durch Art. 206 EG. und § 1635 Abs. 1 BGB. ist die Entscheidung über die Erziehung der Kinder aus geschiedenen Ehen nicht allgemein dem Vormundschaftsrichter überwiesen, vielmehr ist für die Entscheidung von Streitigkeiten über die Anwendung und Auslegung der Bestimmungen des Abs. 1 § 1635 allein der Prozeßrichter zuständig, für eine von diesen Bestimmungen abweichende Regelung der Kindererziehung, sofern nach den besonderen Umständen des Falles das Interesse des Kindes in Betracht kommt, das Vormundschaftsgericht. **RG.** CBlFrG. 3 541, Puchelts Z. 33 655; vgl. **RG.** das. 223 ff., OLG. Braunschweig, SeuffA. 58 295.

Art. 207. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: a) Die vor dem 1. 1. 00 geschlossene nichtige oder ungültige Ehe besteht noch zu diesem Zeitpunkt und die Möglichkeit einer Heilung der Ehe ist gegeben. b) Oder die vor dem 1. 1. 00 geschlossene nichtige oder ungültige Ehe ist noch unter altem Rechte aufgelöst und kann unter dem neuen Rechte nicht geheilt werden. In diesem Falle (b) wirkt das alte Recht fort für die Frage, inwieweit die Kinder als eheliche anzusehen sind

und der Vater und die Mutter die Pflichten und Rechte ehelicher Eltern haben, einerlei, ob die Kinder vor oder nach dem 1. 1. 00 erzeugt oder geboren sind. Gelten die aus einer früher geschlossenen nichtigen oder ungültigen Ehe stammenden Kinder nach altem Rechte als ehelich, so unterstehen sie dem neuen. Affolter 237.

Rechtsprechung.

Art. 207 EG. beschränkt die Anwendbarkeit des bisherigen Rechtes nicht darauf, ob die Eltern die Rechte ehelicher Eltern haben, sondern dehnt sie auch auf die Frage aus, in welchem Umfange die Eltern solche Rechte gegenüber dem Kinde und Dritten oder untereinander haben, setzt also für den Umfang der Elternrechte eine Ausnahme von Art. 203 fest, der übrigens noch für die Art der Ausübung der elterlichen Rechte anwendbar bleibt. RG. **52** 245.

Art. 208. Abs. 1. Affolter a. a. O. 366, 367; Abs. 2. Über die rechtliche Stellung der Brautkinder, das. 237, 238.

OLG. Marienwerder, PosMschr. **01** 103 betrachtet ALR. II. 2 §§ 622 ff. (Wahlrecht des Vaters nach Ablauf des 4. Jahres des Kindes zwischen Geld und Naturalverpflegung, falls nicht das Vormundschaftsgericht ihn für ungeeignet zur Verpflegung und Erziehung erklärt), für die vor 1. 1. 00 geborenen Kinder als fortbestehend; s. IDR. **1** zu Art. 208 Ziff. 2; Dernburg, BürgR. IV 285 Anm. 4, BayrObLG. **3** 10, 689 und 1067.

Nach Fricke, JW. **03** 414, hat der Vater nicht mehr das Recht, auf Grund der §§ 622 ff. II. 2 ALR. die Herausgabe des Kindes zur eigenen Verpflegung und Erziehung zu verlangen; es ist durch das Erziehungsrecht der Mutter (§ 1707 BGB.) beseitigt.

OLG. **7** 120 (KG.) nimmt an, daß die Anordnung des Vormundschaftsgerichts (§ 624 ALR. a. a. O.), da sie die Sorge für die Person des Kindes berührt, auch von Amtswegen zu erlassen und deshalb auch der Vormund berechtigt ist, sie anzuregen.

Nach Hamburgischem Partikularrecht stand der unehelichen Mutter das Recht zu, wegen Fehlens ihrer Zustimmung die Adoption ihres Kindes anzufechten, falls sie dieselbe nicht später auch nur formlos genehmigte; dieses Recht ist durch Artt. 208, 209 EG. nicht berührt. RG. Gruchots Beitr. **47** 653 f.

Die IDR. **1** zu Art. 208 Ziff. 1d mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch ElsLothrIZ. **26** 407 ff.

Gemäß Art. 208 bestimmt sich die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters nach altem Rechte und demgemäß auch die Frage der Statutenkollision. OLG. **7** 121 (Hamburg).

RG. HessRspr. 4 137, Puchelts Z. **34** 518 ff.: Ein vor dem 1. 1. 00 geborenes uneheliches Kind kann gegen die Erben der vor 1. 1. 00 verstorbenen Mutter auf Feststellung der Kindschaft klagen (die Anerkennung kann auch nach dem Tode der Mutter mit der Wirkung, daß ihm das Erbrecht des Art. 756 Code civil zukommt, erstritten werden); es ist das keine Feststellungsklage nach § 640 ZPO., nach Art. 208 ist aber § 1705 BGB. für das Rechtsverhältnis maßgebend.

Über die Frage, ob Alimentenklagen unehelicher, vor dem 1. 1. 00 außerhalb des Gebiets des französischen Rechtes geborener Kinder nach diesem Zeitpunkte gegen den innerhalb des bezeichneten Rechtsgebiets wohnenden Erzeuger zuzulassen seien, s. IDR. **1** zu Art. 208, Nöldeke, RheinAV. **03** 45 ff. und die Bemerkungen von Mannherz das. 48 ff.

Mothes, CBlFrG. 4 243 ff., behandelt „die sächsischen Brautkinder unterm neuen Rechte" (s. a. o. zu Art. 203). Das Kind muß vor 1. 1. 00 erzeugt sein, es braucht aber nicht die volle Empfängniszeit vor 1. 1. 00 zu liegen, wie Wulfert, Sächs.

A. **11** 23 annimmt. Die Erzeugung muß während eines nach sächsischem Rechte gültigen Verlöbnisses oder die Geburt während oder innerhalb 302 Tagen nach Auflösung eines solchen erfolgt sein. Auch ein im Jahre 1900 geschlossenes Verlöbnis muß den Erfordernissen des früheren Rechtes entsprechen, um einem vorher erzeugten Kinde die Eigenschaft eines Brautkindes zu verschaffen. Die Mutter muß die sächsische Staatsangehörigkeit zur Zeit der Geburt besitzen. Dem Kinde steht die Klage nach § 640 ZPO. zu. Keine exceptio plurium. Das Kind führt den Vatersnamen und hat Unterhaltsansprüche wie eheliche Kinder, ohne dem Vater unterhaltspflichtig zu sein; es steht aber nicht unter elterlicher Gewalt, es teilt auch nicht den Wohnsitz des Vaters (a. M. Stübel, SächsA. 9 563) und bedarf nicht dessen Einwilligung zur Eheschließung; Ehelichkeitserklärung ist möglich. Der Vater hat auch nur ein bedingtes Erbrecht.

Art. 209. Affolter a. a. O.: Ist in einem unter dem gemeinen Rechte errichteten Testamente die Ehelichkeitserklärung enthalten, so kann nach dem 1. 1. 00 trotz § 1733 Abs. 2 BGB. das landesherrliche Reskript erlassen werden, wenn der Erblasser noch unter altem Rechte starb. Dieses entscheidet darüber, inwieweit das legitimierte Kind die Rechtsstellung eines ehelichen hat; ferner über das Erbrecht der Legitimierten, auch bei den erst unter dem neuen Rechte eintretenden Erbfällen. Ein vor dem 1. 1 00 durch landesherrliches Reskript legitimiertes Kind bedarf nachher der Einwilligung der unehelichen Mutter zur Eingehung der Ehe auch dann nicht, wenn der Vater gestorben ist (297).

Voraussetzung und Form der Legitimation durch nachfolgende Ehe sind nach altem Rechte zu beurteilen. Durch Wiederholung der Eheschließung (§ 1309 Abs. 1 BGB.) kann die Legitimation nicht herbeigeführt werden. Dagegen durch den Antrag auf Ehelichkeitserklärung. Die Wirkungen der Legitimation durch nachfolgende Ehe richten sich nach altem Rechte (das. 292).

Die Einkindschaft ist eine Unterart der Annahme an Kindes Statt und fällt daher unter den Art. 209; außerdem auch unter Art. 214 Abs. 2 (das. 290).

Die Rechte, die sich für die annehmenden Eltern in betreff der Person des Kindes aus einer Annahme an Kindes Statt zu damaliger Zeit ergaben, so wie sie im besonderen Falle nach den einschlägigen Gesetzesbestimmungen beschaffen waren, haben nach Art. 209 eine Erweiterung nicht erfahren. **RG.** HansGerZ. **03** 221; Gruchots Beitr. **47** 653 ff.

Über Adoption nach gemeinem Rechte (Bejahung des Erfordernisses der Gegenwart des Adoptivkindes bei plena adoptio). **RG.** HessRspr. **4** 10, JW. **03** Beil. 51; OLG. Rostock, MecklZ. **21** 221 (keine Namensänderung durch adoptio minus plena).

OLG. **7** 72 (KG.): Der Inhalt der dem Adoptivvater nach bisherigem Rechte zustehenden Rechte und Pflichten ehelicher Eltern bestimmt sich jetzt nach BGB.; er ist z. B. aussteuerpflichtig.

Über die Bedeutung alter Einkindschaftsverträge im neuen Rechte s. JDR. **1** zu Art. 209 Ziff. 1; vgl. auch OLG. **7** 114 (KG.), wo die Fortdauer der vertragsmäßig übernommenen Unterhaltspflicht angenommen wird.

Art. 210. Abs. 1. Affolter a. a. O. 368—375: Ist durch eine Anordnung unter altem Rechte der Vormund oder Pfleger von gewissen Beschränkungen der Vormundschaft befreit, so bleibt diese Bestimmung auch unter dem neuen Rechte bestehen, soweit sie nicht mit dessen zwingenden Vorschriften in Widerspruch tritt. Ist nach altem Rechte ein Vormund oder Pfleger von der sicheren Anlegung des Mündelvermögens befreit, so fällt diese Befreiung nach dem 1. 1. 00 fort.

Abs. 2. Affolter 246—249.

Aus §§ 1909, 1686, 1638 BGB. und Art. 210 EG. ergibt sich, daß die

Pflicht und das Recht des Pflegers zur Vertretung der Pflegebefohlenen sich auf die Angelegenheiten beschränkt, die mit der Verwaltung des betreffenden Vermögensteils zusammenhängen. **RG.** JW. **03** Beil. 3.

Vor 1. 1. 00 angeordnete Befreiungen mit einem nach BGB. zulässigen Inhalte sind gültig, auch wenn nur die Anforderungen der Errichtungszeit, nicht des BGB. gewahrt sind, namentlich wenn eine elterliche Gewalt der die Befreiung anordnenden Mutter zur Zeit ihres Todes noch unbekannt war. Dernburg, Bürg. Recht 340 Anm. 1.

Eine Pflegschaft, die angeordnet ist, weil der Erblasser dem Erben die Verwaltung des Vermögens entzogen hat, ist vom 1. 1. 00 ab nicht mehr fortzuführen; ob statt dessen ein Testamentsvollstrecker eintreten soll, ist Frage der Auslegung des letzten Willens. OLG. **6** 308; s. JDR. **1** zu Art. 210 Abs. 2.

Nach Zitzlaff, R. **03** 124, ist die Frage, ob für den Nachlaß eines vor dem 1. 1. 00 Verstorbenen eine Pflegschaft auf Antrag der Gläubiger einzuleiten ist, nach dem nun unbeschadet der Übergangsvorschriften aufgehobenen § 90 Pr. VormO. zu entscheiden, während die Führung der Pflegschaft sich nach BGB. regelt. A. A. KGJ. **23** A 203.

Auch die gesetzlichen Vormünder sind im Amte geblieben. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **26** 473; s. JDR. **1** zu Art. 210 II 1.

Nach Dollinger, WürttZFrG. **44** 68, sind die Pfleger im Amte geblieben, denen bei aufgeschobener Eventualteilung die Prüfung der Zweckmäßigkeit eines Antrags auf Auseinandersetzung und die Antragstellung oblag.

OLG. Stuttgart, WürttZFrG. **44** 266: Die nach württemb. Rechte dem Abwesenheitspfleger beigelegte Befugnis zum Erbschaftsantritt aus der Zeit vor dem 1. 1. 00 besteht nach diesem Zeitpunkte nicht mehr.

Insoweit die Nachlaßpflegschaft ein erbrechtliches Verhältnis ist, kommt nach Art. 213 EG. für sie das frühere Recht zur Anwendung. Die Pflegschaft des alten Rechtes ist aber auch ein vormundschaftliches Verhältnis und untersteht nach Art. 210 insofern vom 1. 1. 00 ab dem BGB. **RG.** Puchelts Z. **33** 677.

Art. 211. Affolter a. a. O. 245, 246.

Art. 212. Affolter a. a. O. 33, 370, 371.

Art. 213. Auch für die Erbteilung und Erbauseinandersetzung gilt das alte Recht; so auch seine Vorschrift, daß bei Beteiligung bevormundeter Personen nur eine gerichtliche Teilung zulässig ist; ferner für die Zulässigkeit eines Verbots der Erbteilung durch den Erblasser, des Verzichts der Erben auf Teilung, für die Rechtsfolgen der Aufhebung der Erbgemeinschaft, für das erbschaftliche Liquidationsverfahren, die Erbschaftsklage, somit die Haftung dessen, qui liti se obtulit, den Erbschaftskauf, die Zulässigkeit einer Nachlaßpflegschaft, der Anfall der Rechte an Grundstücken, insbesondere des Eigentums daran, das gesetzliche Rückfallsrecht.

Ist der Tod des Erblassers erst unter der Herrschaft des neuen Rechtes eingetreten, so kann das alte trotzdem noch fortwirken auf Grund der Artt. 200, 207—209. In diesen Fällen wird ein subjektives Erbrecht nach altem, die Erbfolge im ganzen aber nach neuem Rechte beurteilt. Affolter a. a. O. 267—270.

a) Art. 213 entspricht nach seinem Inhalte vollständig dem fast gleichlautenden Art. 129 Entw. I; der letztere aber behandelte in Art. 2156 die Verpflichtung des Nachlaßgerichts, die Auseinandersetzung zu bewirken, also das Recht der Erben auf die Tätigkeit des Nachlaßgerichts, zusammen mit dem Ausgleichungsanspruch und gleich diesem als ein aus dem materiellen Miterbenverhältnisse fließendes Recht. Danach sollte die Auseinandersetzungstätigkeit des Nachlaßgerichts nur für neurechtliche Sterbefälle gelten, so daß sowohl die materiell-rechtlichen Vorschriften über den Zeitpunkt der Auseinandersetzung als auch die Verfahrens-

vorschriften auf altrechtliche Sterbefälle nicht Anwendung finden sollten. Dasselbe muß auch für den jetzigen Art. 213 gelten. Zudem sind die Vorschriften des FrGG. über die Auseinandersetzung so gestaltet, daß sie notwendig einen Nachlaß des neuen Rechtes, also eine der Verfügung der einzelnen Erben entzogene Vermögensmasse voraussetzen. So Joseph, Gruchots Beitr. **47** 341 ff. gegen Wolff, CBlFrG. **3** 274 ff.

b) Ebensowenig finden die den Erbschein betreffenden Vorschriften des BGB. Anwendung auf altrechtliche Sterbefälle. Denn der Erbschein ist nur ein Zeugnis über das materielle Erbrecht und verhält sich zu diesem etwa wie der Schuldschein zu der durch ihn erwiesenen Forderung; findet also Art. 213 auf das materielle Erbrecht Anwendung, so gilt das gleiche auch von dem Zeugnis über dieses, also dem Erbscheine. Zudem ist, wenn § 2353 BGB. dem „Erben" den Anspruch auf einen Erbschein gibt, schon an sich unter „Erbe" nur der zu verstehen, der es auf Grund des § 1922, also auf Grund eines neurechtlichen Sterbefalls geworden ist. Auch betonen die Motive ausdrücklich, daß die Vorschriften des neuen Rechtes über den Erbschein auf altrechtliche Sterbefälle nicht Anwendung finden sollen. So Joseph a. a. O. gegen Börner, DJZ. **02** 75.

Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 170, 173, 200, 203, 210, 214, 217.

I. Pflichtteilsrecht, testamentarisches Erbrecht.

1. Wenn der Erbfall nach, die Schenkung vor dem 1. 1. 00 stattgefuuden hat, ist der Ergänzungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten stets nach neuem Rechte zu beurteilen, da nicht nur der Anspruch gegen den Erben, sondern auch der Anspruch gegen den Geschenknehmer zu den erbrechtlichen Verhältnissen gehört, auf die das neue Recht anzuwenden ist. Der vor 1900 Beschenkte hat daher bei späterem Erbfalle das Geschenk gemäß § 2329 BGB. herauszugeben. **RG. 54** 241, JW. **03** Beil. 51, R. **03** 238 (1285); vgl. JW. **03** Beil. 73, R. **03** 402 (2175); OLG. **6** 334 (Naumburg), JW. **03** 48 (KG.).

2. Soweit Schenkungen in die Zeit vor dem 1. 1. 00 fallen, ist für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gemäß Art. 213 nicht die dreijährige Frist des § 1113 I. 11 ALR., sondern die zehnjährige des § 2325 Abs. 3 BGB. maßgebend. **RG.** DJZ. **03** 321.

3. Die Frage, in welcher Höhe jemand auf Grund seines Pflichtteilsrechts gegen den Erben forderungsberechtigt ist, betrifft ein rein erbrechtliches Verhältnis, für dessen Beurteilung, wenn der Erblasser nach dem 1. 1. 00 verstorben ist, das BGB. maßgebend ist. Daher kann Ergänzung des erst durch das BGB. eingeführten Pflichtteils wegen Schenkungen aus der Zeit vor 1900 verlangt werden. OLG. **6** 335 ff. (Celle), R. **03** 313 (1684).

4. Ist der Erblasser nach dem 1. 1. 00 gestorben, so muß die rechtliche Beurteilung des Inhalts eines vorher errichteten Testaments nach dem BGB. erfolgen. Deshalb ist eine in einem solchen Testament angeordnete fideikommissarische Substitution nach den Grundsätzen des BGB. über die Nacherbfolge zu beurteilen. KGJ. **26** A 203 ff., OLG. **7** 359, **6** 306; vgl. CBlFrG. **3** 291 (KG.).

5. Die Quasipupillarsubstitution des gemeinen Rechtes gibt es nicht im BGB. Ist sie in einer vor dem 1. 1. 00 errichteten letztwilligen Verfügung enthalten und stirbt der Geisteskranke, für den der Erbe berufen ist, nach dem 1. 1. 00, so ist die Quasipupillarsubstitution als solche unwirksam, auch wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 00 verstorben war, aber als fideikommissarische Substitution nach dem Erblasser aufrechtzuerhalten. KGJ **26** A 59, CBlFrG. **3** 806, R. **03** 578 (2949), **03** 314 (1693), OLG. **6** 518 (KG.).

6. Ein in Form einer Quasipupillarsubstitution errichtetes Testament wird als Erbschaftsvermächtnis insoweit aufrechterhalten, als über das eigene Ver-

mögen des Vaters verfügt ist, daneben die Erbeseinsetzung, die das Kind vor Eintritt der Geisteskrankheit in einem gültigen Testamente getroffen hat. Bayr. ObLG., R. **03** 341 (1858).

7. Wurde durch Testament unter altem Rechte ein Fideikommiß errichtet, so sind für die Rechtsstellung des Fiduziars nach Art. 213 EG. die bisherigen Gesetze maßgebend, wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 00 gestorben ist. RG. DJZ. **02** 475 (Nr. 83), CBlFrG. **3** 391.

8. Das Rückfallsrecht des Art. 747 Code civil ist erbrechtlicher Natur und gehört zu den erbrechtlichen Verhältnissen des Art. 213 EG. Auf erbrechtliche Schuldverhältnisse bezieht sich Art. 170 EG. nicht. OLG. Colmar, Puchelts Z. **33** 237 ff., bestätigt durch RG. das. 385 ff.

9. Der nach früherem braunschweigischem Rechte dem Vater am Muttergute der Kinder zustehende Nießbrauch ist erbrechtlicher Natur und beruht nicht auf väterlicher Gewalt. OLG. **5** 480 (Braunschweig), BraunschZ. **03** 177 ff., R. **03** 105 (507).

10. Ist von Eltern einer vor, der andere nach dem 1. 1. 00 verstorben, so kommen auch für die Teilung des Nachlasses zeitlich verschiedene Gesetze in Betracht. Der Teilungsantrag selbst aber ist nur als einheitlicher aufzufassen und seine Zulassung zu beanstanden, wenn er dem neuen Rechte nicht entspricht. OLG. **6** 484 ff. (KG.).

11. Ist der Erbfall nach dem 1. 1. 00 eingetreten, so ist die Zulässigkeit der Anfechtung eines Testaments wegen Irrtums nach BGB. zu beurteilen. OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **03** 161.

12. Das Verhältnis des Testamentsvollstreckers zu den Erben ist ein erbrechtliches im Sinne des Art. 213 EG. und untersteht, wenn der Erblasser nach dem 1. 1. 00 gestorben ist, dessen Vorschriften. LG. Düsseldorf, Puchelts Z. **34** 544 ff.; s. IDR. **1** zu Art. 213.

13. Die Entlassung des vom Erblasser berufenen Testamentsvollstreckers bestimmt sich, wenn der Erblasser vor 1900 gestorben ist, nach früherem Rechte, nach preußischem Rechte ist für sie das Prozeßgericht zuständig. KGJ. **25** A 75, CBlFrG. **3** 752.

II. Erbeslegitimations-, Erbauseinandersetzungsverfahren.

1. Ist der Erblasser vor 1900 verstorben, so kommt gemäß Art. 213 EG. für die Erteilung des Erbscheins das bisherige Gesetz zur Anwendung. OLG. **6** 319 (KG.), OLG. Dresden, CBlFrG. **3** 19; vgl. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 576.

2. In Erbscheine für die vor dem 1. 1. 00 eröffneten Nachlässe sind testamentarische Bestimmungen, die eine Nacherbfolge anordnen, nicht aufzunehmen (Hamb. Recht). HansOLG., HansGerZ. **03** 216.

3. Unrichtige Erbbescheinigungen des älteren Rechtes (so nach dem PrG. 12. 3. 69) können von dem Nachlaßgericht eingezogen werden. KGJ. **25** A 237.

4. Auf Erbauseinandersetzungen findet, wenn der Erbfall vor dem 1. 1. 00 eingetreten ist, gemäß § 189 FrGG. das bisherige Recht Anwendung (vgl. Habicht § 67 III; Planck zu Art. 213 Anm. 2; Rausnitz, FrGG. § 72 Anm. 38; Märcker, Nachlaßbehandlung (17) §§ 4, 29; Neumann Anm. 4 zu Art. 213, auch Motive z. PrFrGG. 90; sächs. Verordn. vom 24. 6. 99 § 126; BayrAG. Art. 36; PosMschr. **03** 125—127 (KG.), R. **03** 528 (2674).

Dieses (das preußische Recht) kennt aber die Bestellung eines Pflegers für das Erbteilungsverfahren durch das Nachlaßgericht nicht. OLG. **7** 210, KGJ. **26** A 205 ff. (KG.).

Wolff, CBlFrG. **3** 273 ff., führt dem entgegen aus, daß durchweg die neuen Verfahrensvorschriften, sowohl die des Reichs- als auch des preußischen

Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit anzuwenden sind. Dagegen Joseph, Gruchots Beitr. **47** 341 ff.; s. oben bei Art. 213; vgl. JDR. **1** zu Art. 213.

5. Das frühere Recht kommt nur zur Anwendung für die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, nicht für die Auseinandersetzung einer Gemeinschaft nach Bruchteilen, mag sie auch dadurch begründet sein, daß der Erblasser eine einzelne Sache mehreren Personen zugewendet hat. **RG. 52** 174 ff., JW. **02** Beil. 268, R. **03** 20 (771), CBlFrG. **3** 542.

6. Der Übergang des Eigentums an Nachlaßgrundstücken infolge Teilung des Nachlasses von Personen, die vor dem 1. 1. 00 in Elsaß-Lothringen gestorben sind, gemäß Art. 883 Code civil und Art. 213 EGzBGB., erfolgt ohne Auflassung, auch wenn die Teilung nach dem 1. 1. 00 stattgefunden hat. Dies gilt auch bei Vorwegnahme zugunsten eines Teilungsgenossen auf Grund von Eheverträgen. LG. Straßburg, ElsLothrJZ. **28** 564.

Art. 214. Abs. 1. Der Inhalt der Testamente und Kodizille ist nach altem Rechte zu beurteilen, so die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, wenn die letztwillige Verfügung vor dem 1. 1. 00 errichtet ist, selbst wenn der Erblasser später gestorben ist. Hat der Erblasser in einem vor dem 1. 1. 00 errichteten Testamente die Testamentseröffnung verboten, so bestimmt sich die Gültigkeit dieser Anordnung auch unter neuem Rechte nach altem. Affolter 333 bis 338.

Die Wirkungen einer solchen letztwilligen Verfügung richten sich aber nach neuem Rechte. Affolter 410—413.

Bei altrechtlichen Verfügungen von Todes wegen bestimmt sich die Willenserklärung und die Bedeutung der ihr anhaftenden Willensmängel nach den bisherigen Gesetzen. In gleicher Weise sind die Auslegungsvorschriften der bisherigen Gesetze maßgebend. Hangen, Die auf Grund des Art. 1094 Code civil getroffenen Verfügungen nach dem Inkrafttreten des BGB., Puchelts Z. **33** 281 bis 287; s. ferner Scherer, Hat der überlebende Ehegatte das Wahlrecht zwischen den Zuwendungen nach Artt. 1094, 1098 Code civil und dem vollen gesetzlichen Erbrechte des BGB. oder nur den Pflichtteil des BGB.? Das. **34** 497 ff.; vgl. JDR. **1** zu Art. 214 EG.

Derselbe: Auslegung altrechtlicher letztwilliger Verfügungen des rheinischen Rechtes. Puchelts Z. **33** 182 ff.; s. JDR. **1** zu Art. 214 EG.

Die Fähigkeit des Testators, ein Testament zu errichten (testamenti factio) wird nach früherem Rechte beurteilt. Wird die dem Testator zur Zeit der Testamentserrichtung zustehende Rechtsfähigkeit durch das spätere Gesetz geändert oder entzogen, so wird das Testament doch nicht ungültig. War aber der Testator nach altem errichtungsunfähig und hat trotzdem ein Testament errichtet, so bleibt es nichtig, selbst wenn das neue Recht die Rechtsfähigkeit erweitert.

Abs. 2. Der Begriff des testamentum simultaneum reciprocum umfaßt auch solche wechselseitigen Testamente des alten Rechtes, die in getrennten Urkunden errichtet wurden. Das alte Recht bestimmt darüber, ob und inwieweit der Erblasser vor oder nach dem Tode des anderen Teiles trotz des gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrags durch entgeltliche oder unentgeltliche Verfügungen unter Lebenden in das Recht des anderen Teiles oder eines bedachten Dritten eingreifen kann; ferner ob der Erblasser ungeachtet seiner Verfügung von Todes wegen zu einer abweichenden Bestimmung befugt ist und unter welchen Voraussetzungen die Bindung sich löst; über die Art, wie die Aufhebung oder der Widerruf zu erfolgen hat. Wird bei einem unter altem Rechte errichteten wechselseitigen Testament oder Erbvertrage dem Überlebenden der Nachlaß des Erstverstorbenen nicht zu freiem Eigentume zugewendet, so ist das Verhältnis des Vorerben sowohl in Beziehung auf sein eigenes Vermögen als auf

den Nachlaß des Verstorbenen nach altem Rechte zu beurteilen, falls der Erblasser unter ihm verstorben ist. Stirbt er unter neuem so richtet sich das zweite Rechtsverhältnis nach dessen Vorschriften. Affolter 338—340.

Über die Bemessung des Erbanspruchs eines Ehegatten auf Grund eines vor dem 1. 1. 00 geschlossenen, erbrechtliche Bestimmungen enthaltenden Ehevertrags nach badischem Rechte führt Fromherz, BadRp. **03** 81—82 aus, daß es auf die Auslegung des Ehevertrags als einer Verfügung von Todes wegen ankommt. Der überlebende Ehegatte kann die Nutznießung nicht neben dem gesetzlichen Erbteile des BGB. verlangen; jedoch sind die in den badischen Eheverträgen vorkommenden erbrechtlichen Bestimmungen regelmäßig so auszulegen, daß der Ehegatte nicht auf die Zuwendung beschränkt bleiben, sondern ihm ein Mehrbetrag bis zur Höhe des gesetzlichen Erbteils zugewendet werden soll. Demnach kommt dem überlebenden Ehegatten nach § 1948 BGB. das Recht zu, statt des in einem Testament oder Ehevertrage vor dem 1. 1. 00 ihm Zugewendeten den gesetzlichen Erbteil das BGB. zu beanspruchen, da in der Regel in der Verfügung von Todes wegen eine Ausschließung von dem Rechte des § 1938 BGB. nicht zu erblicken ist. Wächter, BadRpr. **00** 270. A. M. Scherer, EG. Nr. 345; Dorner, Bad. AGzBGB. § 42 Anm. 4b; Habicht, Einw. (3) 751.

Schäfer, Kann ein vor 1900 geschlossener Erbvertrag von dem Erblasser nach Maßgabe von §§ 2281 ff. BGB. angefochten werden? R. **03** 29 ff.: Vorschriften, die dem Erblasser die Anfechtung eines an sich wirksamen Erbvertrags wegen veränderter Umstände ermöglichen, gehören nicht zu den Vorschriften über die Bindung des Erblassers (Art. 214 Abs. 2).

Der wichtigste Fall der Anfechtung, der wegen Verletzung des Pflichtteilsrechts (§ 2281 BGB.), ist ausschließlich nach den Vorschriften des BGB. zu beurteilen; das alte Recht ist nur insoweit anzuwenden, als es sich, abgesehen von der Frage der Errichtung und Aufhebung von Erbeseinsetzungs- und Vermächtnisverträgen, darum handelt, ob eine in dem Vertrage getroffene Verfügung als eine vertragsmäßig bindende oder als eine einseitig frei widerrufliche zu gelten hat. Die Frage der Anfechtung eines Erbvertrags, d. h. seiner bindenden Verfügungen, wird von Art. 214 Abs. 2 in keiner Weise berührt und ist darum seit dem Inkrafttreten des BGB. nach diesen zu beurteilen. Sobald die Anfechtungsvoraussetzungen des BGB. erfüllt sind, kann der Erblasser den Vertrag anfechten. So mit Planck, Komm. 6 Anm. 4c zu Art. 214, gegen Habicht, Einw. (3) 760 ff.

Wie der Begriff „Bindung" für den Erbvertrag nur zum Ausdrucke bringt, inwieweit vertragsmäßige Verfügungen des alten Rechtes Geltung zu beanspruchen haben, so will er in Ansehung der gemeinschaftlichen Testamente nur aussprechen, daß die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente und der ihr zugrunde liegenden Willenseinigung nach altem Rechte zu beurteilen ist. Hangen, Puchelts Z. **33** 279.

Rechtsprechung. Vgl. zu Artt. 200, 203, 213, 217.

I. Abs. 1. Errichtung, Aufhebung, Auslegung der Verfügungen von Todes wegen.

1. Unter Errichtung und Aufhebung sind nur der Errichtungs- und Aufhebungsakt zu verstehen. Auf die Eröffnung oder deren Verbot erstreckt sich die Vorschrift nicht. OLG. **5** 346 (KG.), R. **03** 20 (78).

2. Eine vor dem 1. 1. 00 im Gebiete des gemeinen Rechtes errichtete Urkunde über eine Schenkung von Todes wegen ist, wenn der Todesfall nach 1899 erfolgt, als eine Verfügung von Todes wegen zu eröffnen. LG. Hamburg, CBlFrG. **3** 537.

3. Ein in einem altrechtlichen Testamente bestellter Dispositionsnießbrauch

ist bei einem nach 1900 eingetretenen Erbfall als Anordnung einer Vorerbschaft auszulegen. LG. Rostock, MecklZ. **22** 340.

II. Abs. 2. Bindung des Erblassers, gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge.

1. Im Falle einem Ehegatten infolge einer vor dem 1. 1. 00 erfolgten Ehescheidung als schuldlosem Teile nach bisherigem Rechte die im Ehevertrage gemachten Zuwendungen verblieben sind, kann § 2077 BGB., auch wenn der andere Ehegatte nach dem 1. 1. 00 verstirbt, nicht angewendet werden, weil die letztwillige Verfügung als solche durch die Scheidung aufgehoben und statt dessen kraft Gesetzes ein bedinglos wohlerworbenes Recht des schuldlosen Teiles in gleicher Höhe auf den Nachlaß des später versterbenden Erblassers begründet ist. OLG. Cöln, RheinA. **99** 23 ff.

2. Zur Beurteilung der Bindung des Erblassers gehört auch die Frage, ob der Erblasser oder Verfügende wegen später eintretender Umstände sich von einem Erbvertrage lossagen oder ihn anfechten kann. Diese bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen. HansOLG., HansGerZ. **03** Beil. 45, 46; OLG. **6** 338, R. **03** 182 (988), CBlFrG. **3** 730.

3. Unter Bindung im Sinne des Art. 214 Abs. 2 ist nur die Bindung des Willens insbesondere nach den Grundsätzen über die Widerruflichkeit zu verstehen. OLG. Cöln, RheinA. **99** 24 ff.

4. Für die Auslegung des Testaments ist auf die Zeit der Errichtung zurückzugehen. — Die Regel der Kopfteilung gemäß § 2091 BGB. kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Wille des Erblassers, den Umfang der Erbteile zu bestimmen, weder durch eine dahingehende Anordnung besonders zum Ausdrucke gebracht, noch sonst aus dem gesamten Inhalte des Testaments zu entnehmen ist. OLG. 5 343 (KG.), CBlFrG. **3** 290; R. **03** 19 (60); vgl. auch HansOLG., HansGerZ. **03** 219 ff.

5. Für die Bedeutung und Auslegung einer Verfügung auf den Todesfall in einem unter Geltung des code civil errichteten Ehe- und Erbvertrag ist der Wille des Erblassers zur Zeit der Errichtung des Aktes maßgebend, auch wenn er nach dem 1. 1. 00 gestorben ist. Die Bedeutung des Inhalts und die Wirkung der Verfügung richten sich nach neuem Rechte. LG. Mainz, HessRspr. **3** 139; aufgehoben durch OLG. Darmstadt, das. 169 ff., Puchelts Z. **34** 165 ff., R. **03** 182 (989) u. 238 (1286); altes Recht ist anzuwenden unter Berufung auf **RG.** JW. **02** 216; s. IDR. **1** zu Art. 214 und die Besprechung dieser Entscheidungen in HessRspr. **4** 133 ff. und im OLG. **6** 320 (KG.), ferner Hangen und Scherer oben zu diesem Artikel.

Die Auslegungsregel des § 2067 BGB. ist auch auf ältere Testamente anzuwenden. Unter den darin berufenen nächsten Anverwandten sind die gesetzlichen Erben des neuen Rechtes zu verstehen. OLG. **6** 74 (Kiel), R. **03** 155 (813); CBlFrG. **3** 639; vgl. Planck Anm. 4d zu Art. 214, Habicht, Einw. (3) 529 ff.

7. Desgleichen die Auslegungsregel des § 2087 BGB. OLG. **7** 357 (KG.).

Art. 215. Abs 1. Affolter a. a. O. 206.

Abs. 2. Das. 413.

Art. 216. Vgl. zu Artt. 57, 58 EG. Affolter 32, 33, 274.

Art. 217. Art. 217 trifft für Erbverzichtsverträge eine Sondervorschrift, daß allgemein die Wirkungen eines unter altem Rechte geschlossenen Erbvertrags auch nach dem Inkrafttreten des BGB. dem alten Rechte unterstellt werden sollen, in bewußter und gewollter Abweichung von Art. 214 Abs. 2 BGB. Schäfer, R. **03** 31; s. zu Art. 214.

Die Ausschließung eines Ehegatten von dem Nachlasse des Überlebenden,

unter Beschränkung auf das ihm im Ehevertrage Zugewendete, ist ein vertragsmäßiger Erbverzicht und nach badischem Rechte (LR. 791) nicht zulässig. Frommherz, BadRpr. **03** 82.

Die Erbentsagungsverträge des ALR. I. 12 § 649 fallen nicht unter Art. 217, sondern unter Art. 170 EG. Nach altem Rechte richtet sich die Frage, ob der Erbverzicht nur von der gesetzlichen oder auch von der rechtsgeschäftlichen Erbfolge ausschließt, ob derjenige eines Abkömmlings oder eines Seitenverwandten auch gegen deren Abkömmlinge wirkt, welche Rechtsvermutungen gelten. Der Einfluß eines Erbverzichts auf die Berechnung des Pflichtteils richtet sich aber nach neuem Rechte. Affolter a. a. O. 340, 341.

Abs. 2. Die Aufhebung eines gemeinsamen Testaments, eines Erbvertrags oder Erbverzichtsvertrags muß selbst dann nach altem Rechte beurteilt werden, wenn sie erst unter dem neuen erfolgt; eine erst nach dem 1. 1. 00 erfolgte Aufhebung eines Testaments ist aber nur dann gültig, wenn sie den Erfordernissen des neuen Rechtes entspricht. Das. 341—343.

Rechtsprechung. S. Art. 214 II 5: OLG. Darmstadt, Puchelts Z. **34** 165 ff. über das Verhältnis von Art. 213 zu Art. 217.

Art. 218. Die Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung sind eng auszulegen. Nur deren ausdrückliche Sondervorschriften gelten, nicht etwa die stillschweigend in ihnen enthaltenen Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes. Hier greift vielmehr subsidiär das BGB. ein. Affolter 280.

Rechtsprechung. Vgl. zu Artt. 77, 200.

1. Die Landesgesetzgebung ist für die Neuordnung der gemäß Art. 218 ihr überlassenen Materien innerhalb dieses Rahmens unbeschränkt. RG. Puchelts Z. **34** 351, 352; s. JW. **03** 59, 65.

2. Nach Artt. 218 und 200 EG. ist es der Landesgesetzgebung überlassen geblieben, für die vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehen den Güterstand nach freiem Ermessen zu regeln. Sie ist nicht etwa durch den Grundsatz von der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts gebunden, soweit nicht reichsgesetzliche Schranken vorhanden sind. HansOLG., HansGerZ. **03** 48.



